CORSO

di

DRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE.

CORSO

di

DRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE,

del Signor **Duranton**,

PROFESSORE NELLA FACOLTÀ DI DIRITTO IN PARIGI,

MEMBRO DELLA LEGIONE DI ONORE.

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA SULLA EDIZIONE PARIGINA, CORREDATA DI NOTE DIRETTE PRINCIPALMENTE AD ILLUSTRARE LE LEGGI CIVILI PEL REGNO DELLE DUE SICILIE.

TOMO NONO.



NAPOLI,

presso Carlo Cataneo.



1834.

CORSO
di
DRITTO FRANCESE
SECONDO IL CODICE CIVILE.

LIBRO III.

De' differenti modi con cui si acquista la proprietà.

Continuazione del titolo II, delle donazioni tra vivi e de' testamenti.

CAPITOLO V.

Delle disposizioni testamentarie.

Nozioni preliminari.

SOMMARIO.

1. *Definizione del testamento.*
2. *La materia de' testamenti, sebbene renduta semplice dai compilatori del Codice, è ancora molto complicata nelle sue particolarità.*
3. *Appo i diversi popoli la facoltà di testare fu generalmente riguardata come spettante al dritto civile.*

4. *Anticamente lo straniero non naturalizzato non poteva disporre per testamento de' suoi stabili situati in Francia.*

5. *Il Codice nè tampoco accordava questo diritto agli stranieri: la legge del 14 luglio 1819 lo attribuì loro indistintamente.*

6. *Il testatore può oggidì disporre con qualsivoglia denominazione atta a manifestare la propria volontà.*

7. *Non più sussiste l' uso delle* clausole codicillari.

8. *Il testamento dev' essere la espressione della volontà del solo testatore; ma può costui valersi anche de' lumi di un giureconsulto per distenderlo.*

9. *Molte persone non posson fare il loro testamento col medesimo atto.*

10. *Non può correre la prescrizione contra il testamento durante la vita del testatore.*

11. *Le disposizioni di ultima volontà fatte verbalmente non hanno effetto.*

12. *Non puossi disporre con riferirsi semplicemente ad un atto il quale non riunisse le forme del testamento.*

13. *Le forme del testamento autentico sono regolate dalla legge o dall' uso del paese dove fu esso formato.*

14. *Può il Francese testare dovunque in forma olografa: la regola* locus regit actum *non si applica agli atti privati, ed in conseguenza ai testamenti olografi.*

15. *Lo straniero può testare in forma olografa sopra i suoi beni situati in Francia, quantunque le leggi del suo paese non ammettessero tale testamento: non è questa una quistione di capacità personale; controvertito.*

16. *La forma del testamento si regola pure in virtù della legge vigente al tempo in cui fu esso fatto quando sia autentico, o quando abbia acquistato data certa al pubblicarsi di una nuova legge che cambiasse le forme.*

17. *Il testatore dev' essere capace giusta la legge vigente al tempo in cui fa testamento, e giusta quella in vigore al tempo in cui muore; ma non va considerata l' incapacità intermedia.*

18. *La capacità del legatario si stima al giorno in cui si fa luogo al legato in suo beneficio, ed avuto riguardo alla legge allora vigente.*

19. *Per determinare la quota disponibile, si considera la legge vigente in tempo della morte, in quanto alle donazioni rivocabili; per le altre, si considera la legge vigente in tempo dell' atto.*

20. *Le formalità intorno ai testamenti variano non solo in ragione delle diverse specie di atti testamentarii, ma anche a seconda delle circostanze in cui trovasi posto il testatore quando fa testamento.*

21. *Qualunque sia la specie di testamento, tutte le formalità prescritte debbono essere osservate, sotto pena di nullità.*

1. Dopo di aver sviluppato le regole intorno alle donazioni tra vivi di beni presenti, l' ordine della materia ci porta a trattare delle disposizioni testamentarie, e già si è veduto che il testamento è un atto (a) col quale il testatore dispone, pel tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutti o di parte de' suoi beni, e che ha la facoltà di rivocare; art. 895 c. c. = *815 ll. cc.*

2. Questo obbietto è complicatissimo nelle sue particolarità, benchè i compilatori del Codice l'ab-

(a) Il consigliere abate Sarno esigeva nella Camera di Grazia e Giustizia dell' abolito Supremo Consiglio di Cancelleria, che nell' art. 843 del progetto (corrispondente all'art. 815 delle leggi civili) dopo l' espressioni *il testamento è un atto*, si dovesse soggiungere la parola *solenne*.

Il consiglier Pasqualini appoggiò siffatta mozione, dicendo che le formalità del testamento si esigono *probationis*, *et solemnitatis causa*, cioè a dire per la esistenza dell'atto, e per le solennità dalle quali dev' essere circondato.

I consiglieri Magliano e Sollima osservarono, che l' aggiungere alla parola *atto* l' aggettivo *solenne* era inutile, e poteva portare a dubbie interpretazioni, come se tutti gli altri atti legali, cioè adozioni, legittimazioni, solenne promessa di matrimonio, ec., non fossero anche *solenni*. Conchiusero che le solennità de' testamenti risultavano dalle stesse disposizioni legislative, che vollero rivestirli di tante formalità a fin di allontanarne l'alterazione, soppressione o supposizione.

La detta Camera di Grazia e Giustizia si uniformò all' avviso de' consiglieri Sollima e Magliano. Trad.

biano renduto molto semplice, riducendo la legislazione sulla presente materia a regole uniformi per tutta la Francia. Ma senza trascurare l' esame di ciò che possa offrir dubbii, o meritare almeno qualche spiegazione, sapremo racchiudere in giusti limiti i nostri sviluppamenti.

3. Appo i diversi popoli la facoltà di testare fu generalmente riguardata come spettante al dritto civile (a). In Roma in origine i testamenti facevansi in talun modo nella forma delle leggi, fra le assemblee del popolo (b); e per avere il dritto di testare, bisognava quindi goder de' dritti de' *comizii*, essere cittadino romano. E benchè questo modo di attribuire alla propria volontà gli effetti per così dire di una legge (c), fosse caduto in disuetudine e surrogato da altri meno solenni, purtuttavolta i soli cittadini romani avevano il dritto di far testamento: ancora bisognava a tal nopo che essi fossero

---

(a) Vegganṣi *PUFFENDORFIO, lib. 4, cap. 10; ULRICO UBERO 2, de jur. civ., sect. 6, cap. 6, n.° 5, e CRISTIANO TOMASIO ad Huber., loc. cit.* TRAD.

(b) Gli antichi Romani solevano depositare (come si osserva nella l. 77., §. 26, ff., *de legat.* 2) i testamenti nei tempii, perchè no prendessero cura gli Dei: *Zachar. Huber., dissert. de testam. Julii Cæs., cap. 1, n.° 5.* TRAD.

(c) Papiniano perciò nella legge 3, ff. *qui test. fac. poss.*, dice, che la facoltà di testare procede dal diritto pubblico, ed i testatori, come anche appare dalla novella 2, cap. 2, si consideravano quali legislatori, per cui Donello (*ad leg. 3, cod. de condit. ob caus. dat.*, n.° 10.) disse: *Supremis voluntatibus plus tributum est, quam voluntatibus contrahentium. Quinimo supremis voluntatibus hoc tributum est: ut leges, et jura sint; l. verbis legis ff. de verbor. signif. §. disponat in Novel. de nupt.* TRAD.

sciolti dalla patria potestà. Nondimeno facevasi eccezione a pro de' figli di famiglia i quali avessero un peculio *castrense* o *quasi castrense*, ma ciò avveniva perchè erano essi reputati padri di famiglia circa alla disposizione di questi peculii. Del resto la legislazione non fu modificata a tal riguardo che successivamente, e sotto gl' imperatori.

4. Nella nostra antica giurisprudenza, gli stranieri non naturalizzati, e che appartenevano ad una nazione con la quale non vi erano trattati a tal riguardo, non potevano disporre per testamento dei loro stabili situati in Francia (1), i quali per dritto di albinaggio erano devoluti al Re o al Signore alto giustiziere, a seconda del luogo ov' erano situati.

5. Il Codice nè tampoco aveva accordato loro questo dritto; ma, come più volte abbiamo avuto occasione di dirlo, la legge del 14 luglio 1819 permise agli stranieri, indistintamente, di succedere, *disporre* e ricevere nello stesso modo de' Francesi (a) in tutta la estensione del regno, ed abrogò così gli art. 726 e 912 c. c. = *647 e 828 ll. cc.* Sicchè dopo questa legge il testamento cessò di essere in Francia, riguardo agli stranieri (2), una istituzione del mero dritto civile.

---

(1) *V.* Denizart., v.° *Stranieri.*

(a) Veggasi la nota al n.° 213 del vol. I.° Trad.

(2) Diciamo *riguardo agli stranieri*, giacchè i Francesi privati del godimento de' dritti civili per effetto di condanne giudiziarie, cioè i morti civilmente, hanno perduto dritto a testare; art. 25 e 33 c. c.

6. Nel tomo precedente noi spiegammo a lungo quali sieno le persone che possono o pur no disporre in questo modo. Eviteremo inutili ripetizioni.

E circa alla specie di disposizioni testamentarie che posson fare quelli i quali hanno qualità per testare, il Codice stabilisce per massima, « che qualunque « persona può disporre per testamento tanto a ti- « tolo d' istituzione di erede, quanto a titolo di « legato, o con qualsivoglia altra denominazione « atta a manifestare la sua volontà; » art. 967 c. c = *892 ll. cc.*

Con ciò derogossi al dritto romano seguito in questo punto dalle nostre antiche provincie meridionali, ed il quale, perchè il testamento fosse valido come tale, richiedeva che vi fosse qualcuno nominatamente istituito erede, altrimenti l'atto valeva sol come codicillo, e con effetti in generale meno importanti.

Si seguirono in preferenza le regole del dritto consuetudinario, il quale generalmente non richiedeva la istituzione di erede, e riconosceva in realtà legati soltanto, sia universali, sia a titolo universale, sia a titolo particolare; talchè l' istituzione di erede non avrebbe in verità viziato il testamento, ma non avrebbe avuto effetto che come legato.

Avvien lo stesso presentemente: in qualsivoglia modo abbia il testatore espressa la propria volontà, la sua disposizione riceverà effetto secondo le regole concernenti i legati universali, o i legati a titolo

universale, o i legati particolari; art. 1002 c. c. = *928 ll. cc.* Essa si classificherà da per sè stessa, secondo la natura sua, fra le diverse specie di legati, e ciò sarà in sostanza una sola e medesima cosa, sia stata o pur no qualificata nel testamento istituzione di erede, ovvero legato.

Varrebbe ugualmente, abbenchè fosse stata fatta col nome di *donazione a causa di morte.* Sarebbe questa certamente una impropria qualificazione, poichè da una parte il Codice riconosce due soli modi di disporre de' propri beni a titolo gratuito, cioè per donazione tra vivi o per testamento, secondo le forme prescritte per queste specie di atti (art. 893 c. c. = *813 ll. cc.*); e dall'altra la donazione a causa di morte era una *convenzione*, mentrechè il legato o la istituzione di erede è la espressione della volontà di una sola persona. Ma questa improprietà di espressione non altererebbe punto la validità della disposizione, la quale varrebbe sempre qual *disposizione testamentaria*, e produrrebbe il suo effetto o come legato universale, o come legato a titolo universale, o infine come legato particolare, secondo la natura sua.

7. L' uso delle clausole codicillari è abrogato dal Codice, se non in termini espressi, almeno in virtù delle sue disposizioni, specialmente dell' art. 1001 c. c. = *927 ll. cc.* il quale, sotto pena di nullità, prescrive la osservanza di tutte le formalità stabilite per ogni sorta di testamento.

L'effetto di questa clausola consisteva in attribuir la forza di codicillo ad un atto imperfetto come testamento, stante la mancanza di qualche solennità richiesta; ma bisognava che la volontà del defunto a tale riguardo fosse manifestata o nel testamento stesso, e in un codicillo posteriore. Oggidì, se l'atto formato come testamento non contiene tutte le formalità prescritte pel testamento per atto pubblico, o pel testamento mistico, o in fine pel testamento olografo, è interamente nullo, non ostante ogni dichiarazione di volontà del testatore. Soltanto, come in appresso il vedremo, se un testamento mistico sia nullo come tale, ma l'atto sia scritto per intero, datato e firmato di pugno del testatore, vale come testamento olografo, poichè ne riunisce tutte le condizioni.

8. Il testamento al certo deve emanare dal testatore, e non essere l'espressione di una estranea volontà (a); ma questa regola non osta che egli

---

(a) Il consigliere abate Sarno, nella Camera di Grazia e Giustizia dell'abolito supremo Consiglio di cancelleria, esprimeva di doversi dichiarare inefficace una istituzione di erede, o un legato, la cui nomina fosse lasciata all'arbitrio di una terza persona, in conformità de' principii racchiusi nella leg. 32, ff. *de æred. instit.*

Il consiglier Pasqualini diceva potervi essere de' casi nei quali il testatore confida la sua volontà ad un soggetto di sua fiducia, alla cui dichiarazione debba starsi, siccome si osserva dalla celebre legge *Theopompus*, ff. *de dote prælegata*, e siccome decidevasi nel foro specialmente nel favore della *causa pia*.

Il consiglier Sollima disse che il testo di Scevola non era punto applicabile, dappoichè dallo stesso, come nota tra gli altri *Cuiacio*, non s'inferiva di doversi stare al detto di un solo testimone, ancorchè di piena fiducia del testatore, e da questi approvato, ma si deduceva che quel che da Polliano attestavasi appariva dalle parole del prele-

possa valersi de' lumi di un giureconsulto per distendere le sue disposizioni. Può anche farlo a te-

---

gato di esser l'intendimento del padre. Avvertì di non doversi poi in sostegno allegare le autorità dell' antico foro riguardo alla *causa pia*: 1.° perchè dopo *Imola*, *Afflitto* nella dicisione 371, e l'istesso Vescovo COVARRUVIA, che intervenne nel sacro concilio di Trento, insegnavano (cap. *cum tibi de testamento in fine*, *vers. quibus tamen addendum est*) uniformemente alla opinione di Paolo di Castro, di Mantica e Tiraquello, che la deposizione della persona indicata dal testatore dovesse essere giurata, e congiunta a congetture e presunzioni che rendessero almeno probabile tutto quello che si deponeva esser stata l'intenzione del testatore: 2.° anche perchè presso l'antico nostro foro la *causa pia* era oltremodo favorita, ed all'oggetto possonsi riscontrare *TOMASINO de benefic. par. 3. lib. 1. cap. 24.*, *MURATORI dissert. 67 antiq. Ital.*, *DUFRESNE verb. intestatio*, *GONSALES cap. cum esses et cap. relatum in fine*, *UGHELLIO nell'Italia Sacra*, *CHIUCCARELLO nell'archivio della real giurisdizione tom. 17 tit. 4. de test. quæ hujus Regni Episcopi facere prætendunt*, *ed il CARDINAL DE LUCA in conflit. legis et rationis observat. 76*, e particolarmente nel rinomato *disc. 24 de' testamenti* dove riporta il testamento del vescovo di Zagarese fatto in occasione della morte di *ANTONIO XIMERES CONTE DI ARANDA*. Aggiunse che però la pratica e giurisprudenza del foro indicate dal consiglier Pasqualini principiarono riguardo al favore della *causa pia* ad infievolirsi nel secolo XV, e quasi interamente si estinsero nel XVI, soprattutto dopo le leggi di ammortizzazione. Espresse che credeva nello stato presente di essere fin'anche oziosa la risoluzione chiesta dall' abate consigliere Sarno, perchè dipendente dall' istessa definizione del testamento, nel quale in un modo esplicito deve contenersi la volontà del testatore, senza potersi in alcun caso ricorrere ad estranea indagine. Avvertì che altrimenti si darebbe luogo ad istituzioni o legati a favore di persone interposte o incapaci.

Il consiglier Magliano manifestò di non esservi dubbio sulla risoluzione della proposta quistione, da lasciarsi però alla decisione de' tribunali, perchè diversamente dovrebbero decidersene molte altre consimili suscitate nel foro. Osservò che nel rincontro bisognava aver presente quel che disse *Jaubert* nel rapporto al tribunato, esprimendosi nel modo seguente: *In materia di disposizioni di beni non si possono avere altre facoltà, se non quelle che sono dal-*

nore di un progetto che si facesse dare, e che sanzionasse col copiarlo, coll' adottarlo in tutto o in parte, purchè non adoperi nè suggestione, nè frode, e purchè la sua volontà sia affatto libera per tutti i riguardi (1).

9. Non si può fare un testamento da due o più persone nel medesimo atto, sia a vantaggio di un terzo, sia a titolo di disposizione scambievole e reciproca; art. 968 c. c. = *893 ll. cc.*

Simili disposizioni debbono in effetti riguardarsi piuttosto come a titolo oneroso, che a titolo gratuito; imperocchè spesso l' una sarebbe in realtà la causa o la condizione dell' altra; ond' è che non emanerebbe dalla sola volontà di conferire un beneficio, ma comprenderebbe in qualche modo una convenzione sopra eredità futura, almeno nel caso in cui i testatori disponessero scambievolmente a vantaggio l' un dell'altro. Vero è che questa convenzione sarebbe rivocabile, ma precisamente a motivo di tale irrevocabilità si dovettero interdire siffatte disposizioni; perciocchè se uno de' testatori rivocasse all' insaputa dell' altro, che ne sarebbe di quella fatta a suo vantaggio, e che non venne rivocata? Non

la legge definite. Quindi non ispiegandosi il progetto sull'antica facoltà di scegliere, il silenzio della legge basta per avvertire che questa facoltà non può essere più conferita. Felice interdizione! Quante contestazioni prevenute! Quanti atti immorali risparmiati a coloro cui l' esercizio di questa facoltà di scegliere avrebbe potuto interessare!

La detta Camera di Grazia e Giustizia si uniformò all' opinione de' consiglieri Sollima e Magliano. Trad.

(1) Ricard, parte 3ª, n.° 55. Grenier, tomo I., n.° 124.

vi sarebbe dubbio alcuno in riguardarla pure come distrutta, se la condizione di rivocazione si trovasse espressa nell'atto per questo caso, o se dal complesso e dal contesto delle disposizioni chiaramente apparisse ch' era nondimeno la sola cagione dell' altra. Ma potrebbe avvenire che le parole dell' atto non indicassero abbastanza l' intenzione de' testatori, e che ciascuno si trovasse così esposto o a tener ferma una disposizione la quale aveva avuto luogo solo in considerazione di un' altra che si trova attualmente rivocata, o a dichiarare rivocata quella che non lo sia stata, e che il suo autore non avrebbe forse annullata malgrado la rivocazione di quella che erasi fatta a suo vantaggio, o a vantaggio del terzo. Conveniva dunque prevenire questi inconvenienti, e tanto saggiamente si fece col summenzionato art. 968.

10. Qualunque sia, al momento della morte del testatore, il tempo scorso da che venne fatto il testamento, non puossi allegare prescrizione alcuna a tale riguardo: i legatarii sono sottoposti soltanto alla prescrizione ordinaria, il cui principio in generale (1) è dalla morte del testatore; imperocchè non prima di quell' epoca essi acquistano un dritto, una azione contra i debitori del legato, mentre il testamento non ha effetto se non in tale istante, e non

(1) Diciamo *in generale*, giacchè nei legati a tempo o con condizione, la prescrizione non può cominciare a decorrere a vantaggio de' debitori del legato, se non da quando sia giunto tal tempo o siasi verificata la condizione (art. 2257 c. c. = *2163 ll. cc.*), e senza pregiudizio ancora delle sospensioni di prescrizione attesa la minore età de' legatarii, o per altri motivi.

può la prescrizione cominciare il suo corso prima che sorga il dritto che essa ha per oggetto di estinguere.

11. Siccome non si può disporre de' proprii beni a titolo gratuito se non per donazione tra vivi o per testamento, e nelle forme a tale effetto determinate (art. 893 c. c. = *813 ll. cc.*), segue da ciò di non potersi ammettere niuna pruova per mezzo di testimoni a fin di stabilire che un defunto abbia dichiarato a viva voce di legare la tale cosa ad un tale, o che gli abbia fatto, a titolo di legato, rimessione del di lui debito. Non potrebbe anche deferirsi il giuramento agli eredi; mentre sarebbe questo il caso dell'adagio *frustra probatur*, *quod probatum non relevat.* Non altro potrebbesi scorgere in siffatta dichiarazione che un fedecommesso verbale, senz' alcun effetto nel nostro dritto. Giustiniano, colla sua costituzione, ch' è la legge ultima nel Codice *de fidecommissis*, aveva benvero autorizzato il fedecommessario a deferire il giuramento a chi era gravato del fedecommesso, in modo che costui fosse obbligato a pagar la cosa se negavasi a prestare il giuramento; ma questa disposizione non fu ammessa nel nostro dritto. Già l' ordinanza del 1735 aveva stabilito che ogni disposizione testamentaria fosse fatta per iscritto, ed *annullava* tutte quelle fatte verbalmente o per mezzo di segni, vietando di ammetterne la pruova per via di testimoni, qualunque fosse il valore della cosa. Il Codice civile fu evidentemente disteso secondo queste massime.

Circa alla pruova della realtà di un testamento distrutto per qualche accidente, ovvero sottratto, vedremo in appresso in quali casi potrebbe essere ammessa.

Del resto non bisogna confondere con un legato fatto verbalmente il caso di una donazione tra vivi di effetti mobili, anche fatta da persona pericolosamente inferma. Si vide nel tomo precedente (1) che queste donazioni sono valide mercè la consegnazione delle cose al donatario, e che possono anche farsi per organo di un terzo, purchè il donatario abbia conosciuta ed accettata la donazione prima della morte del donante (2)

12. Poichè non è lecito di disporre de' proprii beni con testamento se non nelle forme a tale effetto stabilite, ci sembra eziandio di risultare da questo canone di non potersi validamente disporre con riferirsi semplicemente ad un atto il quale non abbracciasse queste formalità, quando anche l'atto posteriore, nel qual solo caso può esservi quistione, le abbracciasse. Le donazioni debbono contenersi nel testamento stesso, e non vi sono quando trovansi scritte in un atto il quale non potrebbe valere come atto testamentario: ei si dispone per mezzo di testamento, o non già di un atto che non è testamento (3).

(1) N.° 392 e seguenti.

(2) A parer nostro, questa condizione è *indispensabile*, non solo perchè siavi donazione tra vivi, il che non è capace di grave contraddizione, ma anche perchè siavi una disposizione qualunque valida. Noi chiaramente il dimostrammo nel citato luogo.

(3) Merlin, nel tomo XVII del suo *Repertorio*, alla parola *testamento*, sez. 2, §. 1, art. 4, discute tal quistione e la risolve al

Ed in vero si riguarderebbe mai come valida la semplice dichiarazione contenuta in un atto scritto per intero, datato e sottoscritto da un individuo, *che egli lega ad un tale la somma che dichiarò di legargli nella tale circostanza innanzi alla tale e tal persona?* No, certamente: or per massima la disposizione fatta in un atto nullo come testamento non ha vie maggior forza della dichiarazione verbale *io lego ad un tale* fatta innanzi a testimoni: agli occhi della legge essa non offre certezza maggiore. Adunque se è nulla la disposizione col semplice riferirsi ad una consimile dichiarazione, quantunque in fatto si potesse la dichiarazione facilmente provare; similmente quella fatta per via di relazione ad un atto il quale non potrebbe esser valido come atto testamentario, è al pari senza effetto.

Si supponga eziandio che l'atto posteriore sia formato innanzi notai, e contenga semplicemente la dichiarazione di esser volontà del testatore che le disposizioni da lui fatte nel tale atto, che egli altronde accuratamente indica, sieno eseguite: è chiaro che nettampoco resta appagato il voto della legge,

par di noi, confutando l'opinione di parecchi autori i quali pretesero il contrario secondo talune leggi romane, indebitamente applicate alla specie. Merlin avrebbe potuto far osservare benanche che nei casi di queste leggi, almeno nella maggior parte, la disposizione valeva soltanto a titolo di fedecommesso, pagabile dagli eredi *ab intestato*, giusta la sola volontà del defunto; il che fa che queste leggi non abbiano autorità nel nostro dritto, in cui gli eredi posson esser gravati di legati solo in virtù di una disposizione testamentaria regolare nella forma.

poichè queste medesime disposizioni non son dettate ai notai i quali non ne hanno conoscenza alcuna, al pari che i testimoni. Il testamento sarebbe in realtà l'atto anteriore ed irregolare: l'atto rogato dai notai non sarebbe anch'esso che un atto di conferma, un atto nullo in conseguenza come atto testamentario.

13. Il testamento circa alle forme dell'atto, è regolato dalla legge del luogo dove venne fatto, allorchè si tratti di un testamento fatto col ministero di ufiziali pubblici, o di persone le quali, giusta le leggi del paese, hanno qualità per ricevere tali specie di atti, come in taluni paesi gli ecclesiastici.

Secondo l'art. 999 c. c. = *925 ll. cc.*, un Francese che si trovi in paese straniero, può disporre con testamento olografo, siccome è prescritto nell'art. 970 c. c. = *895 ll. cc.*, o con atto autentico nelle forme praticate nel paese in cui questo è ricevuto, per applicazione della regola *locus legit actum.*

Quindi allorchè il testamento fatto in paese straniero da un Francese lo sia con atto autentico non può essere ricevuto dagli ufiziali del paese se non nelle forme autorizzate dalle leggi o dagli usi colà vigenti, e non nelle forme prescritte dalle leggi francesi, che questi ufiziali non hanno alcuna qualità per applicare.

E non può essere ricevuto dagli ambasciadori o agenti diplomatici Francesi, anche nelle forme pre-

scritte dalla legge francese, attesochè niuna disposizione del Codice lor conferisce a tale riguardo le attribuzioni de' notai, e richiede che i testamenti per atto pubblico, al pari degli atti di soprascrizione de' testamenti mistici sieno distesi da' notai; art. 972 e 976 c. c. = *897 e 902 ll. cc.*

14. Ma se il testamento sia stato fatto nella forma olografa, è indifferente che le leggi del paese dove venne fatto dal Francese ammettano o pur no questa forma di testare.

La regola *locus regit actum* non si applica agli atti privati, ai quali se talvolta lo fu, no'l potè essere che abusivamente. Laonde non sapremmo approvare una decisione della Corte di Parigi del 7 termidòro anno IX. (1), la quale annullò un testamento olografo fatto nel 1785 in Bordò, dove questa forma di testamento non era ammessa, da un individuo che era domiciliato in Parigi, in cui potevasi nondimeno testare in questo modo. Benchè il ricorso prodotto avverso tale decisione venne rigettato, è nondimeno assai evidente che la decisione della Corte di Parigi non ebbe l'approvazione della Corte suprema, giacchè la medesima si determinò al rigetto sol perchè non eravi alcuna legge violata o, in altri termini, perchè la decisione non contenea che un *mal giudicato*: «Attesochè, disse la Corte suprema, la sola violazio-

---

(1) Essa è citata, al pari dell' arresto di rigetto, nella raccolta di Dalloz, tomo V, alla parola *Disposizioni tra vivi e testamentarie* pag. 604.

« ne espressa di una legge dà luogo a cassazio-
« ne (1); che all' epoca in cui fu profferita la im-
» pugnata decisione, la giurisprudenza era contro-
« versa sulla validità o invalidità del testamento
« olografo fatto in paese di dritto scritto, da una
« persona domiciliata in un paese in cui vigeva u-
« na consuetudine la quale ammetteva questo mo-
« do di testare; considerando altronde che la qui-
« stione è gia stata risoluta con arresto emesso a
« sezioni riunite il 15 piovoso anno XI; rigetta. »

Stentiamo a comprendere come siasi potuto annullare il testamento in simil caso, poichè la legge del luogo dove il testatore domiciliava gli permetteva di testare in questa forma, e le leggi antiche sui testamenti olografi, viemeno che il Codice, non prescrivevano di far menzione del luogo dove erasi formato l'atto; il che indica che non erasi pensato di applicare a questi testamenti la regola *locus regit actum*, imperocchè sarebbe stato facilissimo lo eluderla, o facendo menzione nell' atto di un luogo diverso da quello dove si fosse fatto il testamento, o non menzionandone alcuno. Qual' è mai altronde la base della regola *locus regit actum?* È evidentemente, da una parte, perchè un cittadino il quale si trova fuori della sua patria non può ragionevolmente essere privato della

(1) Non bisogna tuttavolta intendere queste parole letteralmente, giacchè la Corte di cassazione ha varie e diverse volte cassate decisioni per *falsa applicazione* della legge, ed anche per *violazioni indirette*.

facoltà di fare atti, e dall' altra questi atti debbono tuttavolta essere ricevuti dagli ufiziali pubblici del luogo dove son fatti e con le formalità prescritte dalle leggi di tale luogo, giacchè i detti ufiziali hanno essi soli il dritto di esercitar atti del proprio ministero nell'estensione del loro territorio, e non posson farlo se non uniformandosi alle loro proprie leggi. Ma ciò è applicabile soltanto agli atti solenni, ricevuti da tabellioni, notai o altri pubblici ufiziali, e non agli atti in iscrittura privata, i quali emanano non da altri se non da coloro da cui son fatti, che propriamente parlando non sono sottoposti ad alcuna formalità, eccetto quelle di cui rigorosamente fa d'uopo per attestare la loro esistenza e la volontà di coloro che li fecero.

Quindi se vi sia stato dubbio, ed anche controversia su questo punto, tale controversia era oltre ogni dire mal fondata.

15. Taluni (1) pretendono nondimeno che il diritto di disporre per testamento olografo riguardi la capacità personale del disponente; donde sembrerebbe risultare che lo straniero appartenente ad un paese nel quale questa forma di testamento non fosse ammessa, non potrebbe testare in tal forma, anche sopra i suoi stabili situati in Francia, non ostante la legge del 14 luglio 1819, la quale permette agli stranieri di disporre in Francia nello stesso modo de' Francesi; imperocchè siffatta legge

(1) In ispecie Delvincourt sull'art. 999 c. c. = 925 *ll. cc.*

non cancella la qualità di straniero, nè in conseguenza ciocchè concerne alla capacità personale.

Ma non potremmo noi abbracciare tale opinione. Nel tomo precedente (n.° 218) dicemmo al contrario che dopo questa legge del 14 luglio 1819 può lo straniero disporre per testamento olografo de' suoi beni situati in Francia, quantunque le leggi del suo paese non autorizzino i testamenti in tal forma e quantunque non sarebbe stato ammesso a godere de' dritti civili in Francia. Non è questa una controversia di capacità personale, come ciò che concerne alla minore o alla maggiore età, ma una controversia *di forma d' atto*. Or la legge del 1819 permettendo agli stranieri di disporre de' loro beni situati in Francia *nello stesso modo de' Francesi*, non fa distinzione alcuna circa alla forma degli atti, e gli autorizza perciò a disporne come i Francesi potrebbero farlo riguardo ai loro proprii beni. È desso uno statuto reale, giachè gl' immobili situati in Francia, anche quelli posseduti da stranieri, sono regolati dalla legge francese; art. 3 c. c. = *5 ll. cc.* Laonde confrontando questo articolo colla legge di luglio 1819, ci sembra risultare che lo straniero, capace altronde di testare secondo le leggi del suo paese, possa validamente farlo nella forma olografa circa ai suoi immobili situati in Francia, quantunqne questa forma di testamento non fosse autorizzata nel suo paese.

16. La forma del testamento si regola pure in virtù delle legge vigente al *giorno* in cui esso ven-

ne fatto, allorchè trattisi di un testamento ricevuto da pubblici ufiziali, o che abbia acquistato data certa in tempo della pubblicazione di una nuova legge la quale cambiasse o modificasse le forme de' testamenti prima della morte del testatore. Questa legge non altererebbe in alcun modo l'atto testamentario (1).

Questa risoluzione non è tuttavolta esente da qualsivoglia grave obbiezione; imperocchè è massima che il testamento reputasi fatto sì al tempo della morte del testatore, che al tempo in cui ne vien disteso l'atto; ond'è che richiedesi la capacità in persona del testatore alla prima epoca non meno che alla seconda. E ad oggetto di escludere l'applicazione di siffatta regola, gli autori dell'ordinanza del 1735 credettero di doversi spiegare espressamente a tale riguardo, dichiarando che i testamenti anteriori alla pubblicazione della detta ordinanza, ed i quali avessero allora acquistato data certa, sarebbero eseguiti secondo la lor forma e tenore, non ostante la morte de' testatori sopraggiun-

(1) È questa la comune opinione degl'interpreti del Codice. *V.* il *Repertorio* di Merlin, tomo XIII, v.° *testamento*, sez. 2, §. 4; e le *Quistioni di dritto* del medesimo autore, tomo V, v. *testamento*, §. 12; Chabot dell'Allier, *Quistioni transitorie*, v. *testamento*, §. 1; e Grenier, *delle Donazioni*, tomo I, n.° 13 *bis*, e tomo II, n.° 440.

Furgole *de' Testamenti*, cap. 10, n.° 68 e segu., aveva benanche opinato nello stesso modo, ma prendendo per base l'ordinanza del 1735.

Infine un arresto del 1.° nebbioso anno XIII giudicò in questo senso: noi il citammo nel tomo I, n.° 68, dove risolviamo pure la quistione in favore del testamento.

ta posteriormente a questa pubblicazione. Si credè che sarebbe stato troppo rigoroso lo applicare una dottrina la cui conseguenza sarebbe stata di distruggere moltissime disposizioni testamentarie, che i testatori avevan dovuto credere regolari, e che non avevano avuto intenzione di rivocare.

17. A giudicare per altro della capacità(a) del testato-

(*a*) Il consigliere abate Sarno nella Camera di Grazia e Giustizia del già Consiglio di Cancelleria richiedeva esprimersi, secondo i principii contenuti nella l. 49, §. 1, ff. *de hered. instit.* e nelle istituzioni di Giustiniano sotto il titolo *de heredum qualitate et differentia*, che debba la capacità di colui a favore di chi è scritta la istituzione o la chiamata al legato o fedecommesso esistere tanto al tempo del testamento, che alla morte del testatore: la capacità al tempo del testamento *ut institutio consistat*, e quella al tempo della morte *ut effectum habeat*; e che quante volte la istituzione sia condizionale, debba pure attendersi il tempo nel quale la condizione si avvera. Conchiuse che a queste costanti regole non può opporsi il disposto della legge settima ff. *de reg. cat.*, pei noti motivi che si adducono dagli scrittori, e particolarmente da Averanio, *Interpet. jur. lib. 4.° cap. 21. n.°* 9.

Il consigliere Pasqualini rispose, che la regola catoniana ideata da *Porzio Catone*, ebbe in mira i legati e le disposizioni testamentarie. Quindi nelle leggi 19, ff. *qui testam. fac. poss.*, 201 e 210 ff. *de regul. juris*, 41 §. 2. ff. *de legat.* 2, 5. ff. *de his quæ pro non script.*, 4. *Cod. de legat*; *Instit. lib. 1. tit. 12. §. 1.*, si stabilì che quando una disposizione testamentaria fosse da principio nulla, sia per l'incapacità del disponente, sia per l'incapacità del legatario, o dell' erede, sia per la natura della cosa legata, la disposizione rimanesse tale, comunque *tempore mortis* il testatore fosse divenuto capace, o fosse cessato l'impedimento nella persona del legatario o dell' erede, o pure le cose si fossero cangiate in modo, che possa la disposizione nulla da prima avere il suo effetto. Soggiunse che una consimile regola si estese anche agli atti tra vivi dal giureconsulto Paolo nella legge 29, ff. *de Regul. jur.*

Dietro queste nozioni avvertì che la regola catoniana, la quale riguardava propriamente le ultime volontà, ricevette in seguito diverse eccezioni, che vennero precisate dal *Gotofredo* e dal *Pothier*,

re, è mestieri non solo di consultar la legge in vigore al giorno in cui egli fece il suo testamento, ma quella eziandio che sussistesse al giorno della sua morte se vi sia stato cangiamento nella legi-

---

e particolarmente quelle racchiuse nella legge *ult.* ff. *de regul. Cat.*, e nelle *Istituzioni di Giustiniano, lib.* 2, *tit.* 11 §. 4. Disse che relativamente ai contratti maggiori eccezioni eransi fatte, come quelle a cagion di esempio nascenti dalle leggi 65 ff. *de ritu nupt.*, 42 ff. *de usurpat. et usucap.*, 22 ff. *de pignor.* Conchiuse che affin di rimuovere ogni incertezza, sarebbe stato opportuno di elevare a disposizioni legislative siffatte teoriche.

Il consigliere Sollima espresse che i principii indicati dai consiglieri Sarno e Pasqualini erano incontrastabili in conformità di tutti gli scrittori. L' Eineccio (*Elem. Pandect.*, lib. 28 tit. 5. §. 42) dice: *An autem aliquis in jus civis romani universum succedere possit, e tribus temporibus est æstimandum, puta I. facti testamenti, II. mortis testatoris, et III. aditæ hereditatis. Immo in institutione conditionali etiam quartum tempus existentis conditionis inspiciendum.* Il Pothier (*Pand. Inst. lib.* 28, *tit.* 5. *de hered. inst., art.* 3 *in notis*) spiegando quali sono i *tria tempora* di cui parla il giureconsulto Fiorentino nella suddetta legge 49 §. 1. ff. *de hered. inst.*, che si vede ripetuta da Giustiniano nel titolo *de heredum qualitate et differentia* nelle sue Istitnzioni, dico *nempe tempus conditi testamenti, tempus mortis, et tempus evenientis conditionis.* Espresse che la regola catoniana per le disposizioni di ultima volontà, e la consimile introdottasi per gli atti tra vivi ricevevano altre eccezioni, oltre di quelle indicate dal consigliere Pasqualini, le quali eccezioni poggiate a particolari e pressanti motivi, aveano luogo per essersi rimosso l'impedimento della legge ch'era *temporaneo, estrinseco*, in guisa che quindi l'atto tra vivi poteva valere per effetto della *nuda volontà* dell' uomo, e secondo l' espressione di Gotofredo (*in comment. de Regul. jur. leg.* 29) *neque res quæ negotio intercessit, seu negotium impediebat, substantiam aut forma negotii afficiebat.*

Premesse tali idee, opinò che le auddette teoriche potessero dividersi in quelle relative alle disposizioni testamentarie, ed in quelle attinenti agli atti tra vivi, parlandosi ora delle prime, e riserbandosi le seconde nella materia de' *contratti e delle obbligazioni.* Pro-

slazione. Convien pure, benchè non siavi stato cangiamento, che abbia avuto la capacità di dritto (1)

pose riformarsi quanto era disposto nell'art. 1016 del progetto (*), e sanzionarsi in vece i seguenti due articoli:

I testamenti da principio nulli non divengono col tempo validi, salvo però le disposizioni di novelle leggi, e le disposizioni condizionali, quando nell'avveramento delle condizioni non più esista la nullità.

Per disporre con atto di ultima volontà e per acquistare una eredità o un legato, è necessaria la capacità del testatore e del legatario nel tempo del testamento, ed anche nel tempo della morte, quando l'istituzione o il legato sia puro. Però non deve porsi a calcolo l' incapacità che potrà esservi pel tempo intermedio. Se poi l'istituzione, o il legato sono condizionali, si deve attendere non solo la capacità delle due epoche del testamento e della morte del testatore, ma pure la di loro capacità nel tempo in cui si avvera la condizione.

Il Reggente principe di Cardito ed i consiglieri Magliano, Pasqualini e Winspeare risposero, che le teoriche e le regole della scienza del dritto si rinvengono nelle opere dei giureconsulti romani, che bisogna consultare per la parte elementare e di pura dottrina. Conchiusero perciò che in un codice di leggi positive non dovea discedersi a siffatti nozioni e principii elementari.

La detta Camera di Grazia e Giustizia, a maggioranza di voti, si uniformò al parere del Reggente, e de' consiglieri Magliano e Winspeare, stabilendo che nel *Codice delle leggi civili bisognava ritenere la sola parte relativa alla legislazione, e lasciare l' altra che appartiene alla scienza, la quale si rattrova nelle doviziose opere di Giustiniano, e negli scritti dei sapienti giureconsulti che le comentarono.* Trad.

(*) *Si osservi la discussione riportata nella nota di questo volume sotto il n.º 360.* Trad.

(1) Diciamo la capacità *di dritto*, giacchè per quella di fatto, non è essa necessaria che all' istante del testamento. È questa la ragione per cui il testamento fatto da un individuo sano di mente, non è men valido, abbenchè il testatore muoia poscia in istato di demenza. *V.* tomo precedente, n.º 162 e seguenti.

nelle due epoche (1); nondimeno l' incapacità nel tempo intermedio non deve in alcun modo considerarsi: *Media tempora non nocent* (2).

Secondo queste regole, la Corte di Douai e poi quella di cassazione (3) giudicarono che il testamento fatto da un individuo il quale poscia aveva contratto matrimonio, ma che era morto vigente il Codice civile, doveva avere effetto, abbenchè uno statuto locale lo avesse annullato atteso il fatto delle nozze del testatore; che ad oggetto di pretendere di doversi l' atto testamentario considerare come non avvenuto, non eravi luogo ad invocare per analogia la disposizione dell' art. 964 c. c. = *889 ll. cc.*, il quale non permette che le donazioni tra vivi rivocate per sopravvegnenza di figli possano aver di nuovo il loro effetto per la morte del figlio la cui nascita ne aveva operata la rivocazione; che l' analogia non sussiste, attesochè il testatore dispone pel tempo in cui più non sarà, ed appunto a quest' epoca (ed a quella in cui egli testò) bisogna attenersi per giudicare della sua capacità.

18. Circa alla capacità del legatario, siccome essa si estima al momento in cui si fa luogo al legato in suo beneficio (4), a fin di valutarlo bisogna consultare la legge in quell' epoca vigente.

---

(1) *V. ibid.*, n.° 173 e seguenti.

(2) L. 6, §. 12, ff. *de injusto et rupt. testam.*; l. 1, §. 8, ff. *de bonor. poss. secund. tabulas. V.* tomo precedente, n.° 174.

(3) Arresto di rigetto, citato nella Raccolta di Dalloz, tomo V, pag. 600.

(4) *V.* tomo precedente, n.° 230 e seguenti.

19. Infine, per riguardo alla quota disponibile, conviene attenersi alla legge sussistente al tempo della morte del testatore per giudicare ciò di cui potè egli disporre. Ma, ove trattisi di disposizioni irrevocabili, la legge in vigore al giorno in cui vennero fatte è quella che regola ciocchè il donante potè donare (1).

20. Le formalità riguardanti i testamenti variano non solo a seconda delle diverse specie di atti coi quali si può testare, ma eziandio in ragion di talune particolari circostanze nelle quali trovasi posto il testatote all' istante in cui fa il suo testamento: sicchè vi sono testamenti ordinarii e testamenti particolari, cioè sottoposti a regole speciali.

21. Ma sia qualunque la specie del testamento che taluno abbia fatto, si dovettero osservare tutte le formalità, altrimenti l'atto è nullo, ed in generale il *testamento* stesso è quello che deve offrirne la pruova, mentre non si può andarla a cercare fuori dell' atto (a). L' art. 1001 c. c. = *927*

---

(1) *V. ibid.*, n.° 315 e seguenti.

(a) Nel progetto in fine della sezione 1.ª del *capitolo V delle disposizioni testamentarie* vi era l'art. 935 così concepito: *È invalida quella disposizione con cui il testatore si riporti ad altra scrittura, che non sia stata fatta con tutte le formalità necessarie per la validità di un testamento. Simili scritti indicati dal testatore non possono adoperarsi ad altro oggetto, che per lo schiarimento della sua volontà.*

Or su questo articolo nella camera di Grazia e Giustizia dell' abolito Supremo Consiglio di Cancelleria il consiglier Sollima osservò, *che la volontà de' testatori deve ricavarsi dai testamenti, e non da carte estranee, perchè nelle materie testamentarie non campeggia la massima che il testo si spiega col contesto, doven-*

ll. cc. pronunzia in assoluto modo la nullità, se non siensi adempite tutte le formalità prescritte.

---

do tutto apparire dalle sole tavole testamentarie. Il testatore deve esprimere la sua volontà PARLANDO: *o* SCRIVENDO, *la facoltà d testare proviene dal dritto civile, non già dal dritto delle genti. Conchiuse che qualunque altra carta estranea può riguardare l'esecuzione della volontà, ma non mai contenere uno schiarimento o spiegazione del testamento.*

Il Consiglier Magliano rispose: *Queste non sono che cautele per supplire alle mancanze della favella: perchè rifiutarsi? Certo è che si richiede maggior cautela in chi non può parlare, che in chi ha la favella. Perchè il dritto romano richiede un testimone di più, e più formalità pe' testamenti de' ciechi?*

Il consiglier abate Sarno riflettè: *La prima parte dell'articolo contiene una massima incontrastabile; la seconda è una modificazione, o eccezione di questa regola. Questa eccezione può esser pericolosa nell'applicazione, può dar luogo a frodi. Gl' interessati possono sostituire un'altra carta a quella menzionata dal testatore; la possono con più facilità involare. Bisogna quindi lasciarne l'applicazione ai giudici, che nelle occasioni devono aver riguardo non solo alle regole di dritto, ma anche a circostanze peculiari. Dovrebbe cassarsi l'articolo del progetto.*

Il consiglier Pasqualini richiedeva di doversi *dichiarare la nullità dell'intero testamento, quando dopo la menzione della lettura del testamento medesimo, ch'è un atto indivisibile, siasi aggiunta una disposizione, o un legato senza esprimersi di essersi di questa anche data lettura. Nel caso però che tali addizioni contenessero semplici spiegazioni e dilucidazioni alle disposizioni precedenti, nel caso siffatte spiegazioni possano supplirsi da circostanze estrinseche al testamento, allora sussistono col testamento; ma se tali dilucidazioni contengano spiegazioni da non potersi, nella loro omissione, dal giudice supplire, il testamento come atto indivisibile rimane annullato.*

I consiglieri Sollima e Magliano manifestarono, che dipendendo la decisione di simili controversie da diversi elementi e circostanze di fatto, dal modo come e dove siffatte aggiunzioni si vedevano distese, si dovesse la risoluzione anche secondo, la suddetta opinione del consigliere Sarno, lasciare all'esame de' tribunali.

La detta Camera di Grazia e Giustizia dell'abolito Supremo Consiglio di Cancelleria portò avviso di cancellarsi il suddetto articolo del progetto. TRAD.

Egli è un dritto prezioso quello di poter dare alla propria volontà, dopo morte, la forza di legge, per dir così; ma se il legislatore stesso lo riconobbe e sancì, ne regolò saggiamente l' esercizio, stabilendo forme idonee a manifestare questa volontà, e senza le quali essa più non si offre che circondata di dubbii ed incertezze.

In esaminando questa difficile e complicata materia, non seguiremo esattamente la divisione tenuta dai compilatori del Codice, ma la estenderemo dippiù, a fin di classificar gli oggetti con maggior chiarezza, separandoli allorchè l' ordine delle idee lo richiederà.

SEZIONE PRIMA

Del testamento olografo.

SOMMARIO.

22. *Il testamento olografo dev' essere scritto interamente, datato e sottoscritto di propria mano del testatore.*

23. *Non è necessario di menzionare il luogo in cui venne fatto.*

24. *Il testamento può essere scritto sopra ogni specie di carta, pergamena o cartone.*

25. *Può essere scritto sopra un registro domestico.*

26. *Può esser fatto in forma di* lettera missiva, *purchè la lettera contenga disposizione effettiva, e riunisca altronde le condizioni richieste pel testamento olografo.*

27. *Non dev' esser posto nel testamento alcuna parola da mano estranea; ma le inserzioni messe da un terzo senza l' approvazione del testatore non lo vizierebbero.*

28. *Le chiamate al margine e le postille non hanno bisogno di essere approvate, e debbono precedere la firma, altrimenti si reputerebbero come non avvenute.*

29. *Le cassature e gli spazii in bianco, comunque numerosi sieno, non viziano il testamento.*

30. *In quali termini si possa apporre la data.*

31. *È permesso di farlo in cifre.*

32. *La data può esser posta a principio, nel corpo o alla fine dell' atto: può anche venir dopo la firma, purchè non formi seco un medesimo contesto.*

33. *Il testamento può aver molte date.*

34. *Caso in cui di molte disposizioni scritte successivamente sulla stessa carta, alcune sien datate ma non firmate, ed altre firmate ma non datate.*

35. *Per massima la irregolare enunciazione della data vizia il testamento e non può essere rettificata con pruove attinte fuori dell' atto.*

36. *Avviene altrimenti quando l' irregolarità risulti soltanto dall' omissione di una parola che la ragione forza a supplire.*

37. *Una lieve viziatura nella data non basterebbe a viziare il testamento.*

38. *L' atto deve terminar colla firma, salvo la modificazione enunciata nel n.o 32.*

39. *La firma dev' essere del cognome, come è enunciato nell' atto di nascita: eccezione alla regola per taluni individui in certi casi; non si richieggono i nomi.*

40. *Non bastano le iniziali de' nomi e cognomi di un semplice privato, benchè il testatore fosse solito a firmare in tal modo.*

41. *Qualche lieve irregolarità nella firma, come un cognome scritto con errore di ortografia, non basterebbe in generale ad annullare il testamento.*

42. *L' enunciazione del cognome in forma di narrazione, senza firma staccata, appaga abbastanza il voto della legge: controvertito: decisioni ed arresto pro e contra.*

43. *L' espressione* io dono, *può secondo le circostanze del fatto essere intesa nel senso di,* io dono dopo la mia morte, *e non necessariamente nel senso di una donazione tra vivi: specie giudicata nell' uno e nell' altro senso.*

44. *Il testamento olografo non è altro in realtà che un atto in iscrittura privata, sottoposto ai canoni che regolano gli atti di questa natura.*

45. Quid *se l'atto sia stato depositato dal testatore in mano di un notaio e siasi disteso atto di deposito?*

46. Continuazione della proposizione non essere il testamento olografo che un atto in iscrittura privata, e controversie sulle conseguenze.

47. Nondimeno l'atto fa fede della sua data, benchè il testatore sia morto in istato di demenza; salvo agli eredi il provare i fatti di frode.

48. Caso in cui si pretendesse che un testamento sia esistito e che sia stato distrutto, involato, o sia perito per accidente.

22. Il testamento olografo (a) è quello che è scritto interamente, datato e sottoscritto di propria

---

(a) Il consiglier Sollima nella Camera di Grazia e Giustizia dell'abolito Supremo Consiglio di Cancelleria, sull'articolo 922 del progetto (corrispondente all' articolo 894 delle leggi civili) si spiegò ne' seguenti termini: *Quantunque la miglior maniera di testare, e quella che ci rende più sicuri della volontà de' testatori, sia il testamento olografo, nulladimeno si riflette che noi trattiamo di atti i quali hanno esecuzione in un tempo in cui il testatore non può parlare, e per conseguenza vi bisogna in essi la massima circospezione. Si conviene perchè gli antichi aveano troppo imbarazzata questa forma, appunto che mai non ritrovavano cautele bastanti; ma sembra all' incontro che la sola scrittura del testatore senza altro segno di volontà perfetta e condotta al suo termine, sia pericolosa, specialmente per l'assicurazione della data. Quindi si potrebbe aggiungere a scanso di ogni equivoco, che i testamenti olografi saranno perfetti, quando verranno consegnati ad un notaio senza alcuna formalità, meno quella che esigono gli atti notariali. E ciò anche perchè non di rado è accaduto che foggiati testamenti olografi siensi gittati, mentre stendevasi l'inventario, tra le carte del defunto.*

Il consiglier Magliano rispose: *Debbono mettersi in una bilancia le utilità che ne derivano, e gl' inconvenienti che ne possono nascere; la frequenza di questi, o la rarità si possono controbilanciare.*

Una falsità può più commettersi in un atto pubblico, ove non vi è che la sola firma del testatore, che in una carta olografa. L' esperienza ci presenta più atti falsi di quella, che di questa natura. La carta olografa per lo più dai testatori si ripone negli

mano del testatore: esso non è soggetto ad alcun' altra formalità; ma non è valido se non riunisca

---

scrigni, ov' è ben difficile che altri abbia l' opportunità di metterla, ed ov' è più sicura la verità, che in mano ad un notaio.

La falsità poi che può accadere una volta in mille carte vere non dee togliere l' utilità de' testamenti olografi.

Tante volte alcuno in un estremo pericolo non ha agio di chiamare il notaio. Troverà interessati che non glielo chiameranno, nè lo faranno chiamare. Talvolta non giunge a tempo. Uno non vorrà mostrare di far testamento, per non disgustarsi la moglie, i congiunti.

Altri sono pregiudicati di non voler comparire nel pubblico di aver fatto testamento, quasi siensi licenziati dal mondo.

Se bisogna autorità, il dritto romano l' approva nei genitori: se è buono, perchè non generalizzarlo; se cattivo, perchè non toglierlo anche ai genitori?

Bigot Préameneu disse: DOVRANSI FORSE INTERAMENTE RIGETTARE I TESTAMENTI OLOGRAFI? QUESTA FORMA È LA PIU' COMODA, E L'ESPERIENZA NON CI HA APPRESO DI ESSERNE RISULTATI ABUSI CHE POSSANO DETERMINARE A FARLA SOPPRIMERE. VALE DUNQUE MEGLIO RENDER QUESTA MANIERA DI DISPORRE COMUNE A TUTTA LA FRANCIA. L'esperienza presso di noi pel corso di dieci anni ci annunzia lo stesso. Non togliamo sì buona ed utile istituzione. Le soverchie formalità de' Romani serban la primitiva origine e l' ombra de' comizii. I pregiudizii non si cancellano, che a poco a poco. Tante solennità per uno, e tante poche per un altro! Lo scritto intero supplisce a tutto. L' esperienza ha fatto vedere che basta la sola scrittura, e non bastano nè pure sei testimoni, i quali per lo più trovano il testatore morendo con una carta in mano, o dan fede al notaio, e gli portan la mano già illanguidita ed incapace di resistere, come portasi la mano del fanciullo. »

Il consiglier Pasqualini chiese di dichiararsi che *il testamento olografo abbia forza di titolo autentico, o almeno che ne sia autentica la data.*

Il consigliere abate Sarno rispose, che *l' autenticità del testamento olografo si acquista mercè il deposito presso il notaio, ovvero dietro l' immissione in possesso de' beni per mezzo del giudice regio*

queste tre condizioni; art. 970 e 1001 c. c. = 895 e 927 *ll. cc.* insiem combinati.

Il consiglier Magliano osservò, che *il testamento olografo è una scrittura privata, la quale per aver forza di scrittura autentica debb' esser riconosciuta. Soggiunse che l' autenticità s' imprime dall' uffiziale pubblico, e che sarebbe oltremodo assurdo l' immaginare che un privato possa dare il carattere di autenticità e della fede pubblica ad un atto che riflette sè stesso, e che da lui medesimo vien disteso. Avvertì che l' autenticità parziale della data del testamento olografo non poteva tampoco ammettersi, senza incorrere nell' altro assurdo di voler che lo scritto si consideri come scrittura privata, e la data poi dello stesso scritto come autentica, non ostante che siasi anche distesa dall' istessa mano privata.*

I verbali poi del giudice e del notaio, che contengono la descrizione dello stato materiale, l' ordine del giudice di depositarsi presso di un notaio, e l' eseguito deposito non sono che solennità dirette alla conservazione del testamento olografo. Questi verbali è vero sono autentici, ma non possono comunicare l' istessa autenticità al testamento olografo, ch' è una scrittura privata, la quale può impugnarsi col non riconoscimento, e nella quale scrittura privata perciò non puossi contenere il riconoscimento di figlio naturale, meno quando siesi assicurata la data in un modo autentico. L'atto del possesso poi neanche può dare autenticità a siffatta scrittura privata. Il possesso si accorda di dritto all'erede legittimario. Il legatario universale, ossia l'erede istituito ottiene il possesso per ufficio del giudice. Le formalità della presentazione, della destinazione del notaio, del deposito del testamento olografo, della dimanda ed ordinanza d' immissione in possesso, sono tutte precauzioni dirette a mettere in sicuro i dritti de' parenti del testatore e a dar anche a questi il tempo di preparare le loro difese sul testamento olografo, ed impedire all' erede istituito l' immissione nel possesso de' beni. Quando siffatto possesso viene impugnato dall' erede legittimo, avendo questo un dritto incontrastabile dalla legge sull' eredità, il peso di verificare il testamento olografo va a carico dell' erede scritto; il quale non ha per sè che un titolo eventuale e controvertito. Se però gli eredi legittimi impugnino il testamento olografo dopo di essersi ottenuta l' immissione nel possesso dei beni dal giudice di circondario, l' obbligo di provare che il testamento non sia in tutto o in parte scritto dal defunto va a

★

23. Non è necessario di menzionare il *luogo* in cui sia stato fatto, e non potrebbesi a tal riguardo estendere la disposizione della legge, la quale non sottopone questa specie di testamento ad alcun' altra formalità oltre quella di essere scritto interamente, datato e sottoscritto di propria mano del testatore. La menzione del *luogo* è meramente facoltativa: è usuale, ma non vien prescritta; non è essa implicitamente compresa in quella della *data*, come si è preteso. Così fu giudicato dalla Corte di cassazione nel 6 gennaio 1814 (1).

La falsa menzione del luogo nettampoco vizierebbe il testamento, quando anche avesse la data di

peso degli eredi legittimi, avendo l' erede scritto a suo favore il possesso giudiziale. In tutti i casi però il testamento olografo non cambia natura, dovendosi sempre considerare come scrittura privata, e nel caso che questa contenga l' instituzione di erede in una persona incapace, o presentasse qualche nullità di forma, il giudice deve di ufficio negare l' immissione nel possesso, rimettendo al tribunale il giudizio del merito. In ogni modo in pendenza del giudizio sul merito della disposizione testamentaria, o sulle forme del testamento olografo l' immissione nel possesso da chiedersi nell' anno in linea di azione possessoria, non deve accordarsi che con cauzione.

Il Reggente principe di Cardito ed il consigliere Winspeare non videro *la necessità di doversi i notari fare esclusivamente depositarii de' testamenti.* Aggiunsero che questa sarebbe stata una restrizione inopportuna, e conchiusero quindi che i testamenti olografi possonsi ritenere dall' istesso testatore, o consegnarsi a chi più gli aggrada e sia di sua fiducia, o anche distendere sopra *registri familiari, libri commerciali, o di conti*, ovvero per mezzo di *lettere missive, purchè però contengano tutte le solennità necessarie pei testamenti olografi.*

La Camera di Grazia e Giustizia opinò, a maggioranza di voti, di conservarsi l' articolo suddetto del progetto, senza modificazioni o aggiunzioni. Trad.

(1) *Sirey*, 1814, 1, 217.

un luogo dove fosse indubitato che il testatore non era al momento in cui testava, dov' egli non ha anche posto mai piede: sarebbe questa una parte superflua dell' atto, e non altro. Una tale menzione potrebbe al certo somministrare un potente mezzo agli eredi legittimi di provare la falsità del testamento, ma noi ragioniamo nella ipotesi in cui questo atto sia emanato effettivamente da colui al quale è attribuito.

24. Sarebbe indifferente per la validità del testamento, che fosse scritto su carta bianca (a), ovvero bollata; salvo nella prima ipotesi a farlo bollare prima di porlo in esecuzione.

Può in conseguenza essere scritto su pergamena, o altra materia; ed è del pari indifferente la dimensione della carta o di ciò che ne fa le veci; cosicchè il testamento potrebbe in valido modo essere scritto sopra un cartone. Ed in effetti non si potrebbe per necessità indurre da ciò che il testatore non abbia inteso fare un vero atto: i termini in cui fosse espresso il testamento e le particolari circostanze nelle quali trovavasi il testatore al momento in cui testava, potrebbero far fede al contrario che davvero egli fece l'atto come testamento.

25. Non è di rigore che il testamento olografo sia scritto sopra una carta isolata, giacchè la legge non lo prescrive. Per lo che può esserlo sul registro domestico del testatore, sul suo libro di con-

(a) Anche appresso noi i testamenti olografi, a' termini del decreto de' 5 ottobre 1818 e dell' art. 26, n.° 1 della legge sul bollo de' 2 gennaio 1820, si possono scrivere in carta comune. Trad.

to, come lo giudicò la Corte di Nîmes, nel 20 gennaio 1810 (1).

26. Puossi mai fare vigente il Codice un testamento per mezzo di lettera missiva?

L'art. 3 dell'ordinanza del 1735 lo vietava positivamente; ma imperando il Codice non vi è in alcun modo questo divieto, e nulladimeno si avea sotto occhio l'ordinanza quando fu disteso il Codice stesso. Vero è che nel discorso pronunziato da Bigot Preameneu al Corpo legislativo, come oratore del governo, si legge: « Non saranno ammesse le disposizioni che « fossero fatte verbalmente, per via di segni, o « per mezzo di *lettere missive* ». Ma non ostante questa positiva asserzione, che fu la sola a produrre il dubbio, il Codice ammette in implicito modo i testamenti per mezzo di lettere missive, non altro richiedendo per un testamento olografo se non che sia scritto interamente, datato e sottoscritto di propria mano del testatore: or una lettera può abbracciare tutte queste condizioni. Tale è puranche la comune opinione degli autori che scrissero sul Codice (2).

La Corte di Brusselles giudicò nondimeno che una lettera missiva è nulla come testamento, *soprattutto* quando la missiva non contenga un' at-

(1) *Sirey* 1810, 2, 231.

(2) *V.* Merlin, *Repert.* tomo 17, v.° *Testamento*, pag. 660; Favard de Langlade, *Repert.* v.° *Testamento*, sez. 1, §. 1, n.° 15. Grenier tomo I, n.° 228, 8.°; Tullier, tomo V n.° 378; e Delvincourt, tomo II, pag. 295, *note*.

tuale e ferma volontà, e possa considerarsi qual semplice promessa di eredità (1).

Ma si ha ben dritto di conchiudere, *e contrario*; che quella Corte avrebbe giudicato differentemente, se vi fossero state nella lettera disposizioni precise, e non una semplice promessa di eredità o la manifestazione di un semplice disegno o progetto.

La quistione fu giudicata poscia (2) dalla Corte di Colmar nel senso della validità dell'atto come testamento olografo. Quella Corte diè su questo punto una precisa soluzione.

Il roman dritto ammetteva senza ostacolo di potersi lasciare per via di lettera a qualcuno, non precisamente un legato, giacchè un legato non poteva farsi se non per mezzo di testamento, ma un fedecommesso, il quale aveva lo stesso effetto, soprattutto dopo Giustiniano che assimilò i fedecommessi ai legati. Fra gli altri testi puossi citare la legge 75, ff. *de legatis* 2.°; e le ll. 11, §. 4, e 37, §. 4, ff. *de legatis* 3.°

Circa alla legge 17, ff. *de jure Codicill.*, la quale sembra opposta, e che in fatti sembrò tale a Butarico, non è del tutto contraria, ma dispone soltanto sopra un caso in cui, come benissimo osserva Pothier, l'autore della lettera aveva semplicemente espressa la sua amicizia a qualcuno

(1) Decisione del 19 agosto 1807; *Sirey* 13, 2, 334.

(2) Decisione del 4 aprile 1814. *Raccolta periodica* di Dalloz, anno 1825, part. 2, pag. 62. *V.* similmente l'arresto di rigetto del 24 giugno 1828; *Sirey*, 28, 1, 434.

promettendogli di farlo suo erede: or promettere di fare non è lo stesso fatto: *magis pollicebatur se relicturum, quam relinquebat.*

In generale, quando l' autore della lettera parlerà in *futuro*, non sarà questo un testamento; ma lo sarebbe ove dicesse: *Intendo che vi sia data la tale cosa* o *la tal somma sulla mia eredità.*

27. Il testamento deve essere *scritto interamente di propria mano del testatore*: talchè una sola parola di mano estranea lo vizierebbe per intero, quando anche questa parola fosse superflua, giacchè sarebbe vero il dire di non essersi il testamento scritto per intero di propria mano del testatore, come la legge richiedeva: questa parola adunque non vizierebbe soltanto la clausola o la disposizione nella quale si rinvenisse, ma bensì l' atto nel suo complesso.

Pur tuttavolta una giunta non approvata dal testatore non produrrebbe questo effetto, almeno ordinariamente: in diverso caso dipenderebbe da colui tra le mani del quale cadesse il testamento, o a cui fosse consegnato per un qualche motivo, lo annullarlo. Ma se l' atto non fosse stato scritto di pugno del testatore, e se altre circostanze ancora inducessero a credere che l' aggiunta potè esser fatta col suo consenso, per esempio in un tempo in cui non poteva più scrivere, il testamento potrebbe essere annullato.

Le postille scritte in margine da mano estranea

si dovrebbero giudicare secondo le stesse regole: annullerebbero l'atto, tranne se fossero state poste senza che il testatore ne abbia avuta conoscenza prima della sua morte, il che si stimerebbe secondo le circostanze.

28. Del resto le chiamate e le postille non han bisogno di essere approvate, benchè sia prudenza il farlo ad oggetto di prevenire i dubbii. Non debbono per altro esser poste dopo la firma, ma bisogna che la precedino, altrimenti si reputerebbero non avvenute; e tanto se fossero state poste in margine, quanto in fine dell' atto, si riferirebbero al luogo dove sono indicate.

29. Le cassature, comunque numerose fossero, non vizierebbero il testamento; e non sarebbe esso men valido, abbenchè fosse sato scritto interamente con spazii in bianco, dopo una prima dicitura cassata. La legge lascia in libertà del testatore il distendere le di lui disposizioni come meglio gli piaccia: di aggiungervi, cancellare, modificare, ec.

Essa nettampoco prescrive di approvar le cassature, di menzionarne il numero, come lo fa con la legge del 25 ventoso anno XI per gli atti rogati da notai.

Ma tuttociò che fosse cassato si reputerebbe di essersi soppresso dal testatore, quando anche le parole si potessero ancor leggere facilmente, ammenochè dal contesto della frase non fosse evidente che la cassatura sia stata effetto d' inavvertenza o di fretta che la fece distendere o applicare ad una

parola la quale il disponente non aveva alcun probabile motivo di cancellare.

50. Il testamento dev'essere *datato* . . . La data è richiesta per parecchi motivi. Prima di tutto nel caso di molti testamenti uno de' quali derogasse gli altri, convien ben conoscere qual sia il posteriore. In secondo luogo è d' uopo sapere se al tempo in cui il testatore fece l' atto, aveva la capacità richiesta per farlo, se era allora maggiore o minore di età, privo o sano di mente.

Datare un atto, egli è indicarvi il giorno in cui ebbe luogo, e ciò si fa ordinariamente esprimendo il *giorno*, *mese* ed *anno*: per esempio, *il venticinque agosto mille ottocento ventinove*.

Pur tuttavolta, siccome non v' è cosa di rigore nel modo di datare il testamento, dovrebbesi riguardar puranche come validamente datato quello in cui non fossero menzionati il *quanto* del mese ed il mese stesso, se altronde lo fosse l' anno e se inoltre si trovasse dichiarato di essersi formato l' atto in un giorno che non potrebbe esser confuso con un altro: a cagion d' esempio, *il primo dell' anno mille ottocento ventinove*, o anche *il giorno di Natale mille ottocento ventinove*.

Tali espressioni determinerebbero con altrettanta certezza il tempo in cui venne fatto il testamento, che se il testatore avesse detto: *il primo gennaio mille ottocento ventinove*, o *il venticinque dicembre mille ottocento ventinove*. Non vi sa-

rebbe bisogno di uscir dall' atto per conoscerne la data in modo sì preciso che se vi si fosse apposta la data secondo il modo più usuale.

Vero è che l' ordinanza del 1735, art. 38, richiedeva che i testamenti olografi contenessero la data del *giorno*, *mese* ed *anno*, le quali espressioni erano di rigore; ma l' art. 970 c. c. = *895 ll. cc.* si limita a prescrivere di *datare* il testamento, senza specificare il modo come dovrà esserlo: or lo è chiaramente benanche nei sopraddetti esempii, poichè vi si trova invariabilmente stabilita l'epoca precisa in cui avvenne. In somma la data può esprimersi per via di equipollenti che offrino perfetta certezza, che non sieno in alcun modo variabili, nè diano adito menomamente all' arbitrio.

51. Del resto non è rigoroso che la data sia posta per esteso, mentre la legge non lo prescrive; può quindi esserlo in cifre. Tutti gli autori son di accordo su questo punto; ma è maggior prudenza il porla per estesa.

52. Quantunque il succitato art. 970, dicendo che il testamento olografo dev' essere scritto (interamente), datato e sottoscritto dal testatore, par che stabilisca una specie di ordine da seguirsi nel distendere l' atto, nondimeno quest' ordine non è sì di rigore per quanto concerne la data, che il testatore non possa allontanarsene: è ragionevole al certo, ma non viene imposto assolutamente sotto pena di nullità. Adunque il testatore per rego-

la generale può apporre la data tanto a principio che infine, ed anhe nel corpo dell' atto.

Fu anche parecchie volte giudicato (1) che la data si potesse apporre dopo la firma, purchè fosse di un solo e medesimo contesto con essa; attesochè allora è effettivamente certificata e sanzionata dalla firma medesima, come se la precedesse; e così puranche noi opiniamo.

33. Il testamento sarebbe del pari valido, benchè avesse la data di due giorni, per esempio se terminasse così: *Fatto* il 24 *e* 25 *agosto* 1829; imperocchè la legge non impone di farlo in un sol giorno, nè di datarlo in un sol giorno, ma ordina soltanto di datarlo: or nella specie è datato.

Dèvesi anche dire che non sarebbe nullo sol perchè contenesse una data a principio, ed un' altra data diversa infine, purchè però fossero entrambe di pugno del testatore. Tanto fu giudicato dalla Corte di cassazione nel dì 8 luglio 1823, sul motivo che ben può un testatore spendere molti gior-

(1) *V.* la decisione della Corte di Parigi del 13 agosto 1811 (*Sirey*, 13, 2, 332); quella dalla Corte di Bordò riferita nella *Raccolta periodica* di Dalloz, anno 1826, part. 2, pag. 93, ed una decisione della Corte suprema di Liegi del 23 giugno 1823, riferita dallo stesso nel tomo V della sua *Raccolta*, pag. 637.

Puossi ben vero citare contra questa dottrina una decisione della stessa Corte di Liegi del 22 febbraio 1812 (*Sirey*, 13, 2, 336), profferita in conseguenza in un tempo che quella Corte faceva parte dell' impero francese; ma nella specie si allegò soprattutto che il testamento non era firmato, giacchè il cognome ed il nome del testatore erano stati posti in fine dell' atto soltanto in forma di enunciazione. Del resto torneremo a trattare questo punto quando parleremo della *firma*.

ni a porre in iscritto le sue disposizioni, e notar nell' atto il giorno in cui consegna l' espressione della sua volontà.

34. Ma se di molte disposizioni scritte successivamente sulla stessa carta, alcune sieno datate e firmate, ed altre non sieno datate, queste ultime, benchè firmate, sono nulle. Vie maggiormente lo sarebbero se non si trovassero firmate, benchè avessero la data. In simil caso avvi più testamenti, uno de'quali è valido e l'altro nullo. Il primo era completo attesa la data e la firma, il secondo è rimasto imperfetto per mancanza di data; *sed utile per inutile non vitiatur.*

Nondimeno in un caso in cui dopo parecchie disposizioni datate e firmate, il testatore ne aveva posto altre in prosieguo, da lui firmate ma non datate, la Corte di Metz aveva riconosciute quest'ultime come ugualmente valide. Essa considerò che le ultime disposizioni sembravano di aver la data delle prime, atteso il loro legame con esse; ma la sua decisione venne cassata (1) in questi termini: « La Corte, veduto l' art. 970 c. c. = *895 ll. cc.*, « il quale richiede che i testamenti olografi sieno scritti, datati e sottoscritti dal testatore; veduto l' art. 1001 c. c. = *927 ll. cc.*, il quale annette la pena di nullità alla mancanza « delle dette formalità; considerando nella specie « che la data degli 11 aprile 1795 nelle prime

(1) Nel 12 marzo 1806; Dalloz, tomo V. pag. 633.

« disposizioni testamentarie del defunto Majanville « non può applicarsi agli articoli che sono scritti « in prosieguo della stessa data; che fra le dispo« sizioni di questi articoli, se ne trovano soltanto « due cui il testatore abbia applicato espressamen« te la data posteriore del 1.° giorno complemen« tario dell'anno IX (18 settembre 1801); che « quindi tutte le altre disposizioni del testatore in« termedie fra la data degli 11 aprile 1795 e quel« la del 1.° giorno complementario anno IX si tro« vano senza data, ed in conseguenza nulle; che « essendo la data del testamento una formalità e« strinseca dell'atto di cui la legge richiede l'os« servanza sotto pena di nullità, non è lecito, co« me lo ha fatto la Corte di appello di Metz, sup« plire alla sua omissione con considerandi desunti « dall'intenzione più o meno apparente del testatore; « donde segue che la Corte di appello convali« dando indistintamente e senza eccezione tutte le « disposizioni testamentarie del defunto Majanville, « ha violato i surriferiti art. 970 e 1001: per que« sti motivi, cassa, ec. ».

Dippiù nel caso in cui il testatore abbia fatto disposizioni firmandole ma non datandole, e di poi altre sulla stessa carta datandole ma non firmandole, le prime son mai nulle per mancanza di data, e le seconde per mancanza di firma?

E *vice versa*, se abbia da principio fatte disposizioni che ha datate, ma non firmate, e poscia altre disposizioni che ha firmate, ma non datate, son

mai nulle le une e le altre? Per esempio: « Io « lego a Paolo la mia casa. Parigi il 1.° genna- « io 1829 ».

« Io lego a Giovanni il mio giardino. Filippo ».

Nel primo caso non è dubbioso che tutte le disposizioni sien nulle; imperocchè non esistendo la data nelle prime e non trovandosi nelle seconde se non dopo la firma, messa soltanto alle prime, ne risulta necessariamente che niuna di esse riunisce le condizioni richieste per valere come testamento olografo.

Ma nel secondo caso avviene altrimenti. In fatti non avendo la legge stabilito il luogo che deve occupar la data nel testamento, può essa non solo trovarsi a principio come in fine dell' atto, ma anche nel corpo dell' atto: or la data, quantunque posta in prosiegno della prima disposizione ed avanti la seconda, può applicarsi all' una come all' altra, ed in conseguenza l' una e l' altra si trova nel tempo stesso datata e firmata.

La prima si trova in fatti firmata come l' ultima, poichè la data posta nel corpo dell' atto non osta che vi si riferisca; non essendo per sè stessa la prima disposizione un atto testamentario completo, a differenza del surriferito caso giudicato dalla Corte di Metz, in cui le prime disposizioni erano perfette stante la data e la forma, lo che impediva la validità dell'ultime, le quali non erano che semplicemente firmate e non datate. In somma eranvi in questo caso parecchi testamenti, benchè vi

osse una sola carta; mentrechè nella specie in esame non essendo niuna delle disposizioni compiuta per sè stessa, il loro insieme è quello che le completa, come nei casi ordinarii. La firma posta in fine dell'atto conferma la prima come la seconda, e la data messa in fine di questa si applica a quella.

Il contesto del testamento potrebbe anche lasciar del dubbio sulla quistione se la data sia stata posta nella prima o nella seconda disposizione: nel caso in cui, per esempio, queste due disposizioni fossero scritte di seguito, senza principiar da capo, col medesimo inchiostro, e separate unicamente dalla data; giacchè potrebbesi sostenere di averla il testatore applicata del pari alla seconda che alla prima, poichè la data può non meno precedere che seguire la disposizione, ed avverrebbe lo stesso se la data formasse essa medesima un paragrafo. Ma benanche nel caso in cui sia visibile che la data si riferisce più in ispecie alla prima disposizione, giacchè vi forma continuazione, e che la seconda costituisca un paragrafo distinto, persistiamo sempre a credere per le anzidette ragioni, che la data si applica ad entrambe, e che la firma si applica ugualmente all'una ed all'altra, ancorchè l'inchiostro fosse evidentemente diverso. La firma ha reso perfetto ogni cosa.

55. Per massima, la data irregolarmente o falsamente espressa non è una data nel senso della legge, giacchè non è l'indicazione del tempo in cui venne fatto il testamento. Tali sarebbero i casi

in cui il *giorno* o il *mese* o l'*anno* fosse omesso o cassato, ovvero cassato o viziato in modo che la vera data non si leggesse chiaramente; o benanche quando fosse stabilito che la data, quantunque scritta correttamente, è nondimeno falsa. Ed in vano per regola generale si opporrebbe che la irregolarità o la falsità della data debb' essere indifferente allorchè il testamento non si trovi in concorrenza con alcun altro, abbenchè si offrisse altronde di giustificare che in tutte le epoche, anche in quella nella quale gli avversarii dell'atto pretendessero di essersi fatto, il testatore trovavasi capace di testare; percioccchè si risponderebbe che le formalità dalla legge prescritte non erano meno imperativamente imposte, benchè gl'inconvenienti che hanno per iscopo di prevenire non si ritrovassero nella specie particolare. Queste formalità sono richieste senza distinzione, mentre ad esse sole il legislatore deve attenersi per riconoscere la volontà del disponente. Non puossi attignere fuori dell'atto stesso la pruova che in realtà sia stato fatto a tal epoca, la quale non vi è regolarmente menzionata: il solo atto al contrario è quello che deve ogni cosa provare per ciò che riguarda le forme e condizioni prescritte per la sua validità come testamento (1).

36. Ecco la massima; ma se l'irregolarità o l'er-

---

(1) *V.* nella *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 641, l'arresto della Corte suprema di Brusselles del 4 dicembre 1824, il quale applicò queste regole al caso di un testamento che aveva una data riconosciuta falsa.

rore nell' esprimersi la data risultasse soltanto dall' omissione di una parola che la ragione costringesse a supplire, senzachè si potesse supporre che il testamento potè esser fatto in un' epoca diversa da quella indicata dalla data così renduta completa, e senza che bisognasse altronde uscir dall' atto stesso per acquistar la certezza di essersi realmente fatto a quest' epoca, allora l' atto sarebbe alcerto valido, non ostante la irregolarità della data. Imperocchè ciò che la legge richiede è la certezza del tempo in cui fu fatto il testamento, e si avrebbe appieno questa certezza in virtù del testamento medesimo; per esempio, se la data fosse così espressa: *Il venticinque agosto mille cento ventinove*, la parola *otto* dovrebbe essere supplita dal magistrato, attesochè è chiaro d' essersi fatto il testamento nel 25 agosto 1829. Vi è in fatti impossibilità di riferir la data ad un' altra epoca, senz' allontanarsi dalle positive indicazioni contenute nella data espressa, benchè incompletamente; a differenza del caso in cui l' omissione cadesse sul *giorno*, *mese* o *anno*, il che più non permetterebbe allora di riconoscere con certezza l' epoca precisa della formazione dell' atto.

Così fu giudicato dalla Corte di Caen, assolutamente nella stessa specie, e di poi dalla Corte di cassazione, rigettando il ricorso prodotto avverso la decisione (1). « Attesochè, disse la Corte supre-

(1) Nel 19 febbraio 1818.

« ma, dai più solenni monumenti della giurispru-
« denza risulta che in dritto un errore di data
« non vizia l' atto in cui essa si contiene, ogni-
« qualvolta si trovino nello *stesso atto* elementi
« *materiali e fisici che la correggono, la ve-*
« *rificano e la stabiliscono necessariamente;*
« attesochè in fatto gli elementi materiali di pu-
« gno della testatrice, e che fan parte integrante
« dell' atto suppliscono necessariamente la parola
« *otio*, che è la sola omissione da potersi opporre
« alla data in esame; e che quindi, come la de-
« cisione impugnata lo dichiara, è manifestamen-
« te e per necessità stabilito di essersi fatto e scrit-
« to il testamento nel 15 giugno 1816: donde ri-
« sulta che è appagato il voto della legge; ri-
« getta. »

Fu anche giudicato dalla Corte di cassazione nel 12 giugno 1821, che un testamento olografo che aveva la data dei venti settembre *mille ottocento novanta tre*, non era nullo, benchè fosse chiaramente stabilito di esser falsa la data. Ma dalle enunciazioni contenute nel testamento stesso risultava che la sua vera data era evidentemente e necessariamente quella del 20 settembre *mille otto cento tredici*.

Eravi nondimeno maggior dubbio in questo caso che nel precedente, poichè non era soltanto una parola omessa quella la quale impediva che la data fosse regolarmente espressa; ma era una data falsamente indicata, e che fu ristabilita sol per

mezzo di diverse menzioni contenute nel testamento Queste menzioni per altro menavano naturalmente a riconoscere che la data era, non del 20 settembre mille settecento novantatre, ma del venti settembre mille ottocento tredici.

57. Stante quel che si è detto, vedesi che le viziature nella data non annullerebbero sempre il testamento. Ma se la viziatura permettesse di veder due giorni o due mesi, o due anni diversi, questa incertezza l' annullerebbe, giacchè sarebbe vero il dire di non esser datato, poichè non si troverebbe indicata l' epoca precisa in cui venne fatta. Mentrechè se la viziatura lasciasse sempre scorgere un medesimo giorno, o mese o anno, il testamento non sarebbe men valido, purchè la data si distinguesse altronde abbastanza malgrado la viziatura.

58. Il testamento dev' essere *sottoscritto* dal testatore, e come più sopra abbiamo detto, la firma dev' essere in fine dell' atto e dopo la data, giacchè deve certificarla, sanzionarla; salvo il caso nondimeno in cui la data che seguisse la firma formasse seco un solo e medesimo contesto: ancora è più prudente il porla prima della firma.

Se, dopo la data e la firma, siasi posta una disposizione aggiunta non datata e firmata, questa disposizione sarà alcerto nulla, ma non annullerà il testamento, che fosse per sè stesso regolare.

59. E circa alla firma, deve in generale essere del casato come è comprovato dall'atto di nascita,

salvo ad aggiungervi il soprannome con cui può taluno esser distinto nella società da coloro che portano lo stesso cognome: i nomi e cognomi patronimici non sono la firma dol casato, e la legge non potè intendere per *firma*, se non la vera espressione del cognome di chi sottoscrivesse. Debbonsi nondimeno far talune osservazioni su questo punto.

Primieramente i nomi non sono richiesti, quantunque sia util cosa il porli per far ben distinguere il testatore da coloro che hanno lo stesso cognome.

Circa ai cognomi stessi, l'art. 211 dell'ordinanza del 1629, volgarmente chiamata il Codice *Michaud*, richiedeva che tutti i nobili fossero obbligati a firmare col loro casato, e non soltanto col nome della loro signoria, sotto pena di nullità degli atti e de' contratti: ma prima di tutto questa ordinanza non fu posta in esecuzione nella giurisdizione del parlamento di Parigi, benchè vi fosse stata registrata, non essendo il registro stato fatto liberamente, e le sue disposizioni a tal riguardo non furono riprodotte in alcun'altra ordinanza (1), legge o decreto; talchè non è di alcuna autorità sulla quistione (2).

---

(1) Nondimeno un'ordinanza posteriore vietò ai novizii di firmare il proprio testamento col lor nome di religione.

(2) È questo pure il parere di Grenier, *delle donazioni*, tomo 1. n.° 244, e tanto fu detto in sostegno della validità del testamento di Massillon, di cui tra poco parleremo.

Ricard, *delle donazioni*, pag. 343, sez. 7, cita nondimeno l'ordinanza del 1629, come applicabile.

Le leggi della rivoluzione, abolendo i titoli di nobiltà, vietavano ai cittadini di portare altro cognome fuorchè quello di *famiglia comprovato dall' atto di nascita* (1), e la legge degli 11 germile anno XI proibisce i cangiamenti di cognome che non fossero autorizzati dal governo. Ma la carta costituzionale, ristabilendo i titoli di nobiltà, ha per questo stesso motivo permesso a coloro che portavano cognomi di nobiltà, e che gli avevano lasciati in esecuzione di queste leggi, di riprenderli.

Dalla combinazione di queste diverse disposizioni sorge una prima osservazione, che ci sembra basata sulla natura stessa delle cose; cioè che colui il quale si firma con un cognome, di nobiltà o altro, *espresso nel suo atto di nascita*, firma secondo il voto medesimo della legge, benchè i suoi antenati ne avessero portato un altro; egli non conosce se non quello ch'è nel suo titolo di nascita, il quale lo rannoda alla sua famiglia e lo appalesa alla società.

La contraria dottrina sarebbe un rovesciamento delle famiglie e delle sostanze. I figli non possono esser vittime della vanità de' genitori che lasciarono il lor vero cognome assumendone uno che più lusingava il loro amor proprio, e che dettero di poi ai figli negli atti di nascita; ed i terzi i quali

(1) Il decreto del 6 fruttidoro anno II esprimevasi così col suo art. 1.° : « Alcun cittadino sarà permesso di portare altri cognomi « fuorchè quelli espressi nel suo atto di nascita » ; e l' art. 7 soggiungeva : « È vietato ai funzionarii pubblici di designarlo negli atti « altrimenti che col suo casato. »

contrattarono con costoro, sulla fede di un nome pubblicamente conosciuto, neanche devono essere ingannati. Questo punto dev'essere indubitato, quando anche il cognome non fosse stato lasciato previe lettere di nobiltà; viemagiormente nel caso contrario.

Ciò pei figli e discendenti d'individui che abbiano cangiato il lor cognome. Ma la maggior parte delle persone titolate firmano generalmente i loro atti col cognome di nobiltà che portano per eredità. I ministri in ispecie controfirmano anche le ordinanze che si conservano nel loro dipartimento col lor cognome di nobiltà ed ereditario, quando lo abbiano, e non soltanto con quello ch'era in origine il loro casato, e niuno ancora si è avvisato di pretendere che questi atti non fossero legalmente controfirmati.

Che anzi i vescovi ministri cui è commesso il dipartimento degli affari ecclesiastici, controfirmano le nomine a sedi, le ordinanze, ec., nello stesso modo che firmano gli atti del loro apostolico ministero, cioè con la †, coi nomi e cognomi della sede occupata dal vescovo, e si riguarda al certo questa firma come perfettamente legale. Niuna discussione è peranco insorta a tal proposito.

Dev' esser mai diversamente per gli atti privati, ed in ispezialità pei testamenti?

È noto il giudizio che vi fu riguardo a quello del celebre Massillon, vescovo di Clermont, il quale era in forma mistica, scritto da un terzo,

firmato in tutte le pagini e nell' atto di soprascrizione in questo modo: †, G. B., *vescovo di Clermont.* Il fratello dell' illustre oratore impugnò il testamento per mancanza di firma; la sua dimanda fu rigettata in prima istanza; in grado di appello si devenne a transazione.

Lo stesso caso si offrì vigente il Codice, per riguardo al testamento di Loison, vescovo di Baiona. Il testatore chiamavasi *Giangiacomo Loison*, ed il testamento era così firmato: † G. G., *vescovo di Baiona.* La Corte di Pau lo giudicò valido, e la sua decisione fu dalla Corte suprema in questi termini confermata:

« Attesochè in vista de' differenti atti sottoscritti « dal testatore, la decisione dichiara che la firma « posta a piedi del testamento litigioso è quella « ch' egli era solito di adoperare in tutti gli atti « che firmava, e che quindi la Corte reale di Pau « dichiarando valido questo testamento non ha con« travvenuto a niuna delle leggi invocate; riget« ta, ec. (1) ».

In fatti producevansi molti atti che Loison aveva firmati nello stesso modo.

I motivi della decisione della Corte di Pau (2) contenevano in sostanza che « le leggi invocate per riguardo al cangiamento di cognome sono estranee alla quistione da decidersi; che niuna legge attual-

(1) Arresto del 23 marzo 1824; *Sirey*, 24, 1, 245.
(2) Riferita in *Sirey*, 1822, 2, 357.

mente in vigore ha determinato nè il modo, nè la forma di sottoscrivere, e che fu scopo del legislatore di render certa la persona e le disposizioni del testatore; che fin da quando il medesimo era stato eletto a vescovo, aveva praticato questo modo di firmare, secondo un antico uso ancora seguito dai vescovi; che in fine con questa firma appunto egli certificava abitualmente gli atti civili e quelli del suo ministero; che quindi il testamento era firmato nel senso dell'art. 970 c. c = *895 ll. cc.*

Si supponga in fatti che Loison fosse stato incaricato del dipartimento degli affari ecclesiastici: avrebbe egli firmato gli atti del suo ministero o contrassegnato le ordinanze reali nello stesso modo che il fece pel suo testamento, e come fanno i vescovi cui è commesso questo dipartimento: or non sarebbe forse inconseguente il dichiarare atti di sì alta importanza validamente firmati o controfirmati, e il dire da un' altra parte che il testamento, firmato nella stessa guisa, non lo sia stato in valido modo? Ciò non formerebbe per noi dubbio alcuno.

Rendendo generale la proposizione, diremo con Grenier (1), che la firma de' semplici privati, uniforme al lor modo solito di firmare. appaga abbastanza lo scopo della legge, qualunque sieno gli atti che essi firmano; e vi sono gli stessi motivi di decidere allorchè essi firmino un testamento nello

---

(1) Tomo I, n.° 244, *bis.*

stesso modo con cui hanno firmato per tutta la lor vita; imperocchè, come lo disse con molta ragione la Corte di Pau nella causa del testamento di Loison, fu unico scopo del legislatore, prescrivendo la firma, che la *persona* e le disposizioni fossero certe.

Bannelier, citato da Merlin (1), il quale ne approva il parere, diceva similmente « che doveva « farsi una eccezione alla regola prescritta dall'or- « dinanza del 1629, allorchè il testamento si tro- « vasse firmato nello stesso modo e con la medesima « designazione del contratto di matrimonio e di « tutti i più importanti atti fatti dal testatore nel- « l'intera sua vita: *sic agebat, sic contrahebat.* » Ed il medesimo autore cita antiche decisioni profferite dal parlamento di Digione che confermarono questa eccezione.

Infine la Corte reale di Bourges giudicò perfettamente in questo senso nel 19 agosto 1824 (2). Nella specie trattavasi pure della firma di un semplice privato, ed i motivi della decisione sono sì positivi e sì conchiudenti, che importa di citarli per conoscere il vero scioglimento che la quistione richiede:

« Considerando 1.º che il casato del testatore era « *Marie*; che in moltissimi atti pubblici trovasi « il cognome di *Marie d'Avigneau*; ma che l'a-

---

(1) Tomo XVII del suo *Repertorio*, alla parola *firma*, §. 3, art. 4, n.º 2.

(2) *Raccolta periodica* di Dalloz, anno 1825, part. 2, pag. 62.

« bitudine di pronunziare quest' ultimo cognome
« faceva riguardare quello di *Marie* come soltan-
« to patronimico, e che in fatti il testatore, e lo
« stesso appellante, ch' è suo fratello, vien cono-
« sciuto da per ogni dove col cognome d' *Avi-*
« *gneau*; che sotto quest'ultimo cognome soltanto
« ha il Re accordato al testatore il brevetto di u-
« na pensione, pei di lui servizii, e gli è stato
« conferito il titolo di cavaliere di S. Luigi; che è
« lo stesso dell' inscrizione della sua pensione ne
« registri, dell' inventario da lui fatto nel 28 e 29
« marzo 1821, e di moltissimi atti nei quali è e-
« spresso il solo cognome di *Avigneau*, e non
« quello di *Marie*. Che ove si esaminino le quie-
« tanze da lui rilasciate della sua pensione, gli
« atti da lui firmati come *sindaco del suo co-*
« *mune*, i contratti che stipulava, ec., vi si trova
« soltanto il cognome di *Avigneau*, talchè la pub-
« blica opinione a questo solo si è arrestata; che fu
« scopo del legislatore nel prescrivere la firma, di
« far conoscere la persona del testatore, e che *la*
« *fede pubblica sarebbe ingannata* se il cogno-
« me che egli si avea dato e di cui sempre faceva
« uso nella sua vita pubblica e privata, non ba-
« stasse a farlo conoscere, ec. »

Favard de Langlade nel suo *Repertorio* alla parola *Firma*, §. 1, n.° 8, riferisce un arresto della Corte di cassazione del 30 gennaio 1824, il quale viene eziandio in sostegno di questa dottrina. Quantunque sia stato esso profferito in occasione della

firma di un impiegato della regìa delle contribuzioni indirette, apposta in piedi di un processo verbale tendente a comprovare una contravvenzione, pure appalesa grande analogia tra questa specie e quella di cui trattasi. Favard ve la scorge al par di noi.

La quistione dipende adunque dalle circostanze del fatto, e ciò è dire per questo stesso motivo che essa appartiene in qualche modo alla convizione de' tribunali. Ed in vero sarebbe difficil cosa che la Corte di cassazione riformasse una decisione la quale avesse giudicato in fatto che il modo onde il testatore firmò il suo testamento adempì o pur no allo scopo della legge.

40. Conviensi del resto che non si riguarderebbe come valido il testamento di un semplice privato, cui egli avesse soltanto apposto per firma due o tre lettere iniziali del suo nome e cognome, quando anche avesse sovente, quasi sempre, e sempre pure, firmato in tal modo. Talune lettere dell' alfabeto insiem riunite non formano un cognome, dice Grenier nello stesso luogo, nè in conseguenza una firma; ed un uso precedente, comunque antico e comunque uniforme fosse stato, non sarebbe che un abuso il quale non potrebbe autorizzarne altri. « Tostochè per essere riputato di firmare un « atto, osserva Merlin (1), bisogna apporvi il pro« prio cognome, egli è evidente che fa d' uopo ap-

(1) Tomo XVII v.e *Firma*, §. 3, art. 4, n.° 2.

« porvi tutte le lettere alfabetiche di cui questo co-
« gnome si compone; e che un testatore non sa-
« rebbe stimato di firmare il suo testamento, se
« non vi apponesse altro che o i suoi nomi ovvero
« uno di essi, o le lettere iniziali del suo cogno-
« me soltanto, o solamente de' suoi nomi e del suo
« cognome, o soltanto de' suoi nomi ». E Merlin cita a tal proposito molte decisioni che così giudicarono, specialmente una del 26 ottobre 1658, la quale dichiarò nullo il testamento di *Maria Renata di Baronnage*, perchè era firmato sol colle lettere iniziali M. R. B.

Tuttavolta Merlin soggiunge d'esservi ogni motivo a credere, giusta le decisioni le quali dichiararono validi i testamenti di Massillon e del vescovo di Baiona, che il testamento firmato colle semplici iniziali de'cognomi e de'nomi non potrebbe essere riconosciuto valido, se quest' ultimo non firmava soltanto in tal modo le sue lettere missive, ma firmava abitualmente così gli atti importanti; che tale sembra essere la conseguenza della limitazione riconosciuta dalla giurisprudenza, che soffre la regola generale, secondo cui gli atti debbono firmarsi col casato.

Grenier rigetta questa opinione, e noi crediamo con ragione. L'esempio de' testamenti di Massillon e di Loison non la giustifica in alcun modo, giacchè questi testamenti trovavansi rivestiti dell' indicazione della qualità di essi prelati, il che faceva perfettamente riconoscere la persona del testatore, mentrechè, quando trattisi di un semplice privato, le i-

niziali di cognomi non offrono alcuna certezza: non avvi quasi alcun mezzo di assicurarsi se l'individuo a cui si attribuiscono queste lettere come firma sia quello che le abbia effettivamente apposte all' atto. Non è questa una firma.

41. Ma siccome il testamento è spesso fatto negli ultimi istanti della vita del testatore, la firma che fosse irregolarmente formata o scritta con errori di ortografia non produrrebbe necessariamente la nullità del testamento, se potesse altronde leggersi abbastanza, e la sua sincerità non rivocarsi in dubbio. Al contrario bisognerebbe riguardar come nullo un testamento in cui si trovassero soltanto per firma iniziali di nomi o di cognomi patronimici, susseguite da caratteri confusi ed informi che non presentassero in conseguenza l'espressione del casato del disponente. Ma in simil caso, allorchè il testamento sia per atto pubblico, val meglio che i notai dichiarino che il testatore, attesa la sua debolezza, non ha potuto apporre altra firma. Mediante questa menzione, la quale dev'esser letta e sottoscritta uniformemente alla legge, il testamento diviene inimpugnabile per tal riguardo.

42. Fu giudicato nullo, per mancanza di firma, un testamento che così terminava: *fatto e sottoscritto da me Michele Francesco Falla del comune di Longin, cantone di Allogna, nel 20 dicembre 1809.*

Gli eredi legittimi pretesero che l' enunciazione del cognome e de' nomi del testatore, in forma di

narrazione, senza firma speciale, ordinaria e staccata, non adempiva il voto della legge. Sostennero inoltre che trovandosi posta la data dopo la pretesa firma, non lo adempiva di vantaggio, giacchè non era certificato, abbenchè susseguisse l'enunciazione del cognome e de' nomi e formasse seco una sola e medesima frase.

La Corte di Liegi, con decisione del 22 febbraio 1812, che già avemmo occasione di citare per altro riguardo, adottò queste conclusioni, dicendo: « Che in effetti nella specie non si possono tener « per firma le parole *Michele Francesco Falla*, « 1.° perchè si trovano in mezzo di una frase da « essè renduta completa, e la quale senza di loro « non avrebbe più alcun significato; che quindi non « si presentano come firma, ma come compimento « della proposizione; 2.° perchè questa frase non « contiene che una dichiarazione enunciativa del- « l'intenzione in cui trovavasi Michele Francesco « Falla di firmare il suo testamento, il che non « può supplire ad una firma effettiva richiesta sot- « to pena di nullità; 3.° perchè il testamento di- « steso da Michele Francesco Falla non può consi- « derarsi se non come un semplice progetto di te- « stamento olografo, non munito della firma del te- « statore ».

« Atteso altronde che prendendo le parole *Mi-* « *chele Francesco Falla* per la vera firma dell'at- « to di cui trattasi, bisognerebbe pure pronunziar- « ne la nullità per mancanza di data; giacchè es-

« sendo questa formalità ugualmente richiesta sotto « pena di nullità, bisogna che la data si trovi nel « corpo dell'atto, e che sia attestata, come il re- « sto della disposizione, dalla firma che deve com- « pletare il testamento, e dargli la sanzione neces- « saria per renderlo perfetto. »

Ci siamo già spiegati su quest' ultimo punto; e circa al primo motivo della decisione, neanche potremmo abbracciarlo.

Ed in fatti che cosa è mai la firma se non l'espressione del cognome? Or il cognome ed anche i nomi e l'indicazione del luogo del domicilio, per fare viemeglio riconoscere l'individuo, trovavansi nell'atto in fine delle disposizioni, che essi sanzionavano.

La legge non prescrive che il testatore nell'apporre la propria firma dichiari di esser dessa la firma sua; essa non richiede alcuna menzione a tal riguardo; e sopprimendo queste espressioni *fatto e sottoscritto da me*, voi avete poi in queste parole *Michele Francesco Falla del comune di Longin*, *cantone di Allogna*, una firma completa e che non può essere in alcun modo censurata, benchè non vi fosse alcuna cifra, mentre la legge non ne richiede; ed anche con tali espressioni, avete ancora una firma completa, e non soltanto una semplice enunciazione dell'idea del testatore di voler firmare il suo testamento, come la Corte di Liegi contra ogni verisimiglianza disse.

Sostenghiamo pure che, sebbene l'enunciazione

del cognome del testatore fosse stata susseguita da qualche altra espressione, avrebbe ancor formato una firma bastante, e che il testamento sarebbe stato valido, se nondimeno ciocchè fosse seguito avesse potuto sopprimersi senza pregiudicare le formalità essenziali. Tanto giudicò la Corte di Rennes, e di poi la Corte di cassazione, rigettando il ricorso prodotto avverso la decisione (1).

Nella specie il testamento, datato a principio, terminava così « : Tali sono le mie intenzioni ed « ultime volontà. Fatto e scritto per intero, dopo « mature riflessioni, da me Paolina d' Espinose, « vedova Guyot, che ho firmato dopo di averlo letto « e meditato. Fatto in Croisic nel 20 gennaio « 1806; (e sotto) due parole cassate nulle. »

Siccome il testamento trovavasi datato a principio, la data in fine era superflua; l' indicazione del luogo era del pari soprabbondante, giusta quanto si è più sopra dimostrato; la menzione delle due parole cassate nè tampoco era necessaria, ed in fine quella di aver la testatrice sottoscritto il testamento, di averlo sottoscritto dopo letto e meditato, poteva ugualmente togliersi senza che l'atto fosse menomamente alterato nella sua sostanza o nelle sue disposizioni. Troncando adunque tutte queste superflue enunciazioni, il testamento trovavasi terminato colla firma della testatrice, come il vuole la legge; per lo che fu giudicato valido,

(1) Del 20 aprile 1813. *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 651.

abbenchè non vi fosse alcuna firma staccata, con cifra.

43. Del resto, perchè siavi testamento olografo, non basta che vi sia un atto scritto per intero, datato e sottoscritto di proprio pugno della stessa persona, ma bisogna ancora che tale atto contenga, 1.° una disposizione e non un semplice proponimento, o un consiglio o una preghiera; e 2.° che l' effetto, come pure l' esecuzione di questa disposizione, sia riportato dopo la morte dell' autore dell' atto.

Da ciò surse sovente la quistione se un atto nel quale abbia taluno dichiarato di *donare*, senz' aggiungere che la sua disposizione è testamentaria, sia un testamento, allorchè questo atto si trovi scritto per intero, datato e sottoscritto dello stesso pugno.

Non vi sarebbe dubbio di esser l' atto un testamento, se il disponente si fosse valso delle espressioni *io lego*, o di queste *io dono e lego*, o se avesse detto: *io dono dopo la mia morte*, o in fine se avesse adoperati termini i quali indicassero che in fatti egli intese di non donare che pel tempo in cui non più esistesse. Ma nella specie supposta da principio, l' espressione *donare*, o *io dono*, non presenta per sè stessa necessariamente l' idea di una disposizione testamentaria, benchè si trovi in un atto che riunisca tutte le formalità pei testamenti olografi, poichè è possibile in effetti che l' autore dell' atto non abbia voluto far altro che una donazione tra vivi.

Secondo Voet, Menochio, Furgole, Ferrieres ed altri, le cui testimonianze Merlin riunisce nel suo *Repertorio*, tomo 3, v.e *Testamento*, sez. 2. art. 2, n.o 3, chi *dona* senza esprimere che la liberalità avrà effetto dopo la sua morte, o chi non adopera alcuna espressione atta, atteso il suo senso naturale ed usuale, a far indurre di esser tale la sua volontà, è presunto di voler donare tra vivi piuttosto che a causa di morte.

Ciò non potrebbe essere dubbioso negli atti pubblici che contengono le forme prescritte per le donazioni tra vivi; ma negli atti privati, questa presunzione, la quale del resto non è scritta in niuna parte della legge, è assai contrastata da un' altra, da quella di non riputarsi che una persona abbia voluto fare un atto nullo: or avrebbe fatto un atto nullo se questo atto non racchiudesse che una donazione tra vivi, poichè ogni atto contenente donazione tra vivi dev' essere stipulato innanzi notaio, con rimanerne presso di lui minuta; art. 931 c. c. = *855 ll. cc.*

E quando l' atto non sia uscito dalle mani del suo autore, o quando vivente quest' ultimo colui a beneficio del quale venne fatto non l' abbia avuto in suo possesso, non ne abbia anche avuto mai conoscenza, è più difficile ancora il presumere di aver nondimeno il disponente voluto fare una donazione tra vivi, e non già una disposizione testamentaria. Con quale scopo in fatti? Che mai ne poteva risultare pel preteso donatario? E senza pa-

lare della mancanza di qualsivoglia accettazione, vi si possono mai scorgere le caratteristiche della donazione tra vivi, lo spogliamento del donante, o almeno l'attribuzione di un'azione qualunque al donatario, nonchè la irrevocabilità? In simil caso se il disponente volle fare qualche cosa come deve naturalmente presumersi, dovè voler fare una disposizione testamentaria, i cui effetti poteva a suo arbitrio annullare quando meglio gli piacesse.

Se l'atto contenesse parecchie disposizioni a favore di diverse persone, sarebbe vieppiù evidente, se egli è possibile, che il suo autore non intese di far loro donazione tra vivi, poichè niuna di esse avrebbe un titolo proprio ed esclusivamente personale per dimandarne l'esecuzione, ed ogni cosa nondimeno indurrebbe a credere che se il disponente avesse in realtà voluto donare tra vivi a ciascuna di loro, le avrebbe eziandio conferito un titolo per reclamare il rilascio del dritto come intendeva di conferirglielo. In fine la presunzione emessa da principio, ed abbracciata da'sopraddetti autori, sparirebbe interamente se l'atto contenesse molte disposizioni, una delle quali fosse espressa con le semplici parole *io dono*, e l'altra con queste: *io lego*, o *io dono e lego*; perciocchè sarebbe allora evidentissimo di non avere il disponente inteso fare nel tempo stesso, nel medesimo atto, una donazione tra vivi ed una disposizione testamentaria.

Si conviene del resto (1) che la quistione se un

(1) Grenier tomo I.o, n.i 224 e 224. *bis.*; Tullier, tomo V, n.° 379.

atto scritto, datato e sottoscritto dal suo autore abbia la natura del testamento olografo, cioè se contenga una disposizione, e se questa disposizione dipenda dalla morte e dalla sopravvivenza del gratificato, deriva dalla valutazione delle parole adoperate dal disponente per manifestare la propria volontà; che lo scioglimento di tal quistione è lasciato ai lumi ed al potere interpetrativo dei tribunali, e che le loro decisioni in simil caso sfuggono alla censura della Corte suprema. Ciò è vero, e la giurisprudenza di questa Corte è anche formata in tal senso (1), ma almeno i tribunali stessi non debbono perder di mira che la legge non richiede di adoperarsi una data espressione anzichè un' altra perchè sieno valide le disposizioni testamentarie (art. 967 c. c. = *892 ll. cc.*), e la maggior parte de' testatori possono naturalmente attribuire lo stesso significato alle parole *io dono* che a quelle *io lego*. Essi debbono eziandio por mente a quella regola di diritto e di ragione, che non si reputa di aver voluto un disponente contravvenire alla legge, donando tra vivi con atto privato, e viemmeno di aver voluto fare un atto meramente inutile.

Laonde non sapremmo uniformarci ad una decisione della Corte di Caen, contro cui nondimeno

(1) *V.* in ispecie l'arresto del 6 termidoro anno XIII, nella *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 622; quello del 5 febbraio 1823 emesso dalla sez. civile; *ibid.* pag. 625; e la decisione della Corte di Aix del 25 agosto 1825; *Sirey*, 26, 2, 195.

si produsse in vano ricorso per cassazione. Questa Corte non iscorse che una donazione tra vivi nella specie seguente.

Nel 31 agosto 1818, Hebert scrisse per intero, datò e sottoscrisse un atto così conceputo: « *Dono* « a Maria Caterina Le François tuttociò che pos« seggo. In Faulq, questo dì 31 agosto 1818. »

Egli pose questo scritto in un armadio in cui aveva altre carte, e ne fece consapevole Maria Caterina Le François, dicendole, poche ore prima della sua morte, di esservi nell'armadio una carta che la riguardava: egli trapassò taluni giorni dopo, e propriamente nel 4 settembre 1818. Il Giudice di pace che appose i sigilli trovò l' atto suddetto nell'armadio, giusta la prevenzione che gliene venne fatta dalla Maria Caterina, e riguardandolo qual testamento olografo, lo presentò al presidente del tribunale, che considerandolo pure come tale, ne ordinò il deposito fra le mani di un notaio da esso designato, affinchè lo ponesse fra le di lui minute.

In conseguenza di queste formalità, essendo Maria Caterina le François stata immessa nel possesso de' beni di Hebert, il quale non lasciava nè discendenti nè ascendenti, i costui collaterali dimandarono che l' atto del 31 agosto 1818 fosse annullato, come non essendo altro che una donazione tra vivi nulla per essere stata fatta in iscrittura privata, e questa nullità pronunziata in primo luogo dal tribunale di Pont l' Eveque, lo fu pure dalla Corte

di Caen, con decisione degli 11 luglio 1820, ed eccone i principali motivi:

« Considerando che il Codice civile riconosce due « soli modi di disporre de' proprii beni a titolo « gratuito, la donazione tra vivi ed il testamento, « che la donazione tra vivi vien dall'art. 894 c. « c. = *814 ll.* cc. definita, un atto col quale il « donante si spoglia attualmente ed irrevocabil- « mente della cosa donata in favore del donatario « che l'accetta; che l'art. 895 c. c. = *815 ll. cc.* « definisce il testamento, un atto col quale il te- « statore dispone, pel tempo in cui avrà cessato « di vivere, di tutti o di parte de' suoi beni, e che « ha la facoltà di rivocare; che da ciò segue che « per potersi considerare qual testamento un atto « di liberalità, è indispensabile che l'autore di « questa liberalità disponga pel tempo in cui avrà « cessato di vivere; che l'atto di liberalità di cui « Maria Caterina Le François reclama il benefizio, « come atto testamentario, è conceputo in termini « i quali sono tutti in presente; che l'autore del- « l'atto non dona ciocchè lascerà o ciocchè pos- « sederà in tempo della sua morte, ma dona quel « che attualmente possiede; che adunque non di- « spone pel tempo in cui avrà cessato di vivere, « e perciò questo atto non è un testamento.... »

Non temeremo di dirlo, indipendentemente dall' aver la decisione, a parer nostro, mal giudicato nella specie, stabilisce una dottrina che non può sostenersi, quella che per esservi testamento biso-

gnerebbe per necessità che il testatore si esprimesse *in futuro*.

In fatti dacchè l'autore dell'atto aveva detto *dono ciocchè posseggo*, forse aveva egli almeno inteso dire con ciò che donava pel tempo in cui più non sarebbe? no certamente, poichè aveva ritenuto l'atto presso di sè, ed avevasi così riservato il mezzo di rivocare la sua disposizione quando gli fosse piaciuto; poichè eziandio aveva donato tuttociò che possedeva, e non si fa così una donazione tra vivi senza volersi porre a descrizione del donatario, anche pei semplici alimenti, il che è inverisimile; poichè in fine egli avea formato l'atto pochi giorni prima della sua morte, e sol poche ore prima di morire aveva anche indicato il luogo in cui questo rattrovavasi, senza pure consegnarlo alla persona gratificata.

Sì al certo, il testamento è un atto col quale taluno dispone pel tempo in cui avrà cessato di vivere; ma avvi abuso di confondere così gli effetti del testamento, come son definiti dalla legge, con le espressioni di cui un disponente fece uso, per conchiuderne di non aver voluto disporre per l'avvenire, allorchè avrà parlato in tempo *presente* de' beni che *possiede*. Se Hebert in cambio di dire *dono ciocchè posseggo*, avesse detto *lego ciocchè posseggo*, o *dono e lego ciocchè posseggo*, avrebbe ugualmente parlato in presente, avrebbe ugualmente disposto di ciocchè in quel punto possedeva: or senza dubbio la Corte di Caen non avrebbe

potuto dispensarsi dallo scorgere in questo atto un atto testamentario. Adunque non potè decidere altrimenti se non perchè il disponente si valse delle espressioni *io dono*, il cui senso, più esteso, si applica ai diversi modi di disporre de' proprii beni a titolo gratuito. Ma il valore delle espressioni si determina in virtù del senso che l'autor dell'atto vi attribuì, poichè non ve ne sono anzi di rigore (art. 967 c. c. = *892 ll. cc.*); e tutte le circostanze della causa attestavano evidentissimamente che Hebert aveva inteso donare pel tempo in cui più non esistesse, o in altri termini che aveva voluto fare ed aveva fatto in realtà un testamento olografo.

Vi sarebbero ancora altre cose a dirsi contra lo spirito di questa decisione, ma bastano le suddette osservazioni. Aggiungeremo nondimeno che i convenuti per cassazione, dopo di aver sviluppato i motivi dell' impugnata decisione, si trincerarono in questo sistema di difesa, che la Corte reale, decidendo che l'atto del 31 agosto 1810 non era un testamento, aveva sovranamente valutata la disposizione di questo atto ed il proponimento in cui era stato disteso. Ed in fatti questa sola considerazione potè determinare il rigetto del ricorso, come l'indica chiaramente lo stesso arresto della Corte di cassazione : « Attesochè la Corte reale di Caen *non* « *ha scorto* nell' atto del 31 agosto 1818, di cui « trattasi, cosa alcuna che qualificasse un testa- « mento olografo, e che giudicando che questo

« atto non è valido come testamento, benchè sia « stato scritto, datato e sottoscritto di pugno del « suo autore, non ha essa violato nè l'art. 970 c. « c. = *895 ll. cc.*, nè la disposizione di alcuna leg- « ge; rigetta ». Del 5 febbraio 1825.

44. Il testamento olografo non è in realtà che un atto in iscrittura privata, ed in conseguenza gli eredi a cui viene opposto possono contentarsi di dichiarare che non riconoscono il carattere e la firma del loro autore nell'atto che viene ad essi presentato: allora ne è ordinata la verificazione in giudizio (art. 1323 e 1324 c. c. = *1277 e 1278 ll. cc.*); e spetta a coloro che invocano il testamento il provare di esser fatto da colui al quale l'attribuiscono, almeno ciò è esente da ogni grave controversia nel caso in cui i legatarii non sieno ancora stati immessi in possesso. Del resto discuteremo tra poco quisti punti. E la verificazione può esser fatta, come per ogni altro atto privato, tanto per mezzo di titoli e di periti, quanto per mezzo di testimoni soltanto, in caso d'insufficienza degli altri generi di prove; in conformità dell'art. 195 c. pr. = *289 ll. pr. civ.*, e secondo ciò che fu giudicato dalla Corte di Tolosa con decisione del 1.° maggio 1817 (1).

Ma riconosciuti che siensi il carattere e la firma dagli eredi, o legalmente considerati come riconoscosciuti

---

(1) *Sirey*, 1823, 2, 16. *V.* pure la decisione della Corte di Angers del 5 luglio 1820; *Sirey*, medesimo volume, part. 2, pag 17.

sciuti, l' atto ha la stessa fede dell' atto autentico (art. 1322 c. c. = *1276 ll. cc.*), anche per ciò che riguarda la data, tuttochè il testatore fosse caduto di poi in demenza e fosse stato interdetto, salvo agli eredi lo iscriversi in falso, il che essi potrebbero fare ancora (art. 1319 e 1322 c. c. = *1273 e 1276 ll. cc.* insiem combinati); e salvo pure ad essi l' impugnare il testamento per fatto di frode e d' inganno. Vedremo tra poco per qual via potrebbero impugnarlo per tal causa.

45. Se il testamento olografo fosse stato depositato (a) appresso un notaio dal testatore il quale gli ha dichiarato che l' atto era il suo testamento, scritto per intero, datato e sottoscritto da lui; e si fosse disteso in conseguenza un atto di deposito messo fra le minute del notaio, il testamento ne avrebbe in qualche modo ricevuto la caratteristica

---

(a) Surse il dubbio sulla tariffa de' dritti di Archivio notariale se il notaio, che giusta l' articolo 933 delle leggi civili, è destinato dal giudice di circondario a conservare un testamento olografo o mistico, dovesse distenderne atto di deposito, ed in quali libri dei ricevitori dovessero i testamenti mistici o olografi registrarsi, e con sovrano rescritto de' 16 novembre 1834, dietro avviso della Consulta generale del regno, si dispose.

1.° Che il notaio non debba distendere atto di deposito del testamento olografo o mistico che gli consegna il giudice per conservarlo, bastando che alleghi ai suoi atti la copia del verbale fatto dal giudice stesso, in cui ne ordina il deposito presso di lui, od il testamento nel verbale stesso indicato. 2.° Che per memoria debbonsi riportare ne' repertori de' notai i testamenti olografi o mistici che loro sono dati a conservare dal giudice. 3.° Che i testamenti mistici si debbano registrare nel libro degli atti autentici, e che nel libro degli atti privati si debbano registrare i testamenti olografi. Trad.

di autenticità (1), soprattutto se si fosse dal notaio dichiarato di aver veduto il testatore apporre la di lui firma all'atto. Questo era il parere di Ricard, e questo è quello di Grenier; ma tale opinione non è unanimemente da tutti seguita, attesochè, dicesi, il notaio non attesta *propriis sensibus* se non ciò che gli è stato dichiarato, e non il fatto del testamento come opera del testatore.

46. La nostra prima proposizione, di essere il testamento olografo un atto privato, e stante ciò potersi gli eredi contentar di dichiarare che non riconoscono la firma del loro autore nell'atto che vien ad essi presentato, e spettare a quelli i quali invocano il testamento il provarne la sincerità, questa proposizione, diciamo, soffrì nondimeno qualche contraddizione nei primi tempi che pubblicossi il Codice. Perchè l'art. 289 della consuetudine di Parigi reputava *solenne* il testamento olografo, pretendevano di esser questo testamento un atto autentico, e volevasi così porre la pruova a carico degli eredi; il che gli avrebbe obbligati ad impugnar l'atto almeno coll'iscrizione di falso incidente civile. Dicevasi che dando la legge ai cittadini la facoltà di disporre in tal modo e di essere i ministri per cui mezzo si esprime la loro volontà,

(1) *V.*, per argomento, ciocchè diciamo nel tomo III, citando la decisione della Corte di Caen e l'arresto della Corte di cassazione, i quali giudicarono, anche in materia d'ipoteche, che il deposito di un atto presso notaio da parte dell'autore di esso, rende in qualche modo autentico questo atto, mediante quello di deposito disteso in conseguenza.

l' atto trovavasi assimilato agli atti ricevuti dagli ufiziali pubblici, ed in conseguenza agli atti autentici. In fine aggiungevasi che il legislatore aveva sì ben considerato in questo aspetto il testamento olografo, che nel caso in cui non vi sieno eredi aventi dritto a riserva, il legatario universale istituitovi è impossessato dell' eredità, e per entrare nel godimento de' beni non ha bisogno di altro che di una semplice ordinanza d' immissione in possesso, emessa dal presidente del tribunale; art. 1006, 1007 e 1008 c. c. = *932*, *933* e *934* *ll. cc.* (1).

Ma questa dottrina non prevalse, e non poteva prevalere, giacchè prima di tutto non aveva per base che una petizione di principii. In fatti per poter dire che colui il quale dispose per testamento olografo fece un atto capace d' essere assimilato ad un atto autentico, che ha adempito a tal riguardo un *ministero legale* nell' espressione della sua volontà, devesi stabilire primieramente una cosa, cioè di dimostrare che lo ha fatto, che è desso quello che fece l' atto: or non attestandolo niuno ufiziale pubblico, è questa necessariamente una cosa da provarsi da coloro i quali invocano questo medesimo atto; e tale ragionamento, sì semplice e nel tempo

(1) Questi motivi, soprattutto l' ultimo, son quelli che determinarono la Corte di Caen, nella sua decisione del 4 aprile 1812 (*Sirey*, 12, 2, 336), colla quale giudicò che *il testamento olografo era annoverato dal Codice nella classe degli atti autentici*; il che noi non crediamo, ovvero bisogna cambiare la definizione che l'art. 1317 c. c. = *1271 ll. cc.* ci dà di questa specie di atti.

stesso sì vero, risponde perentoriamente a tutte le argomentazioni e conseguenze desunte dacchè secondo la consuetudine di Parigi, il testamento olografo, era testamento *solenne*, giacchè non fu mai per questo riguardato qual atto *notariale*; non fu mai considerato qual atto veramente autentico: soltanto, riconosciuto o tenuto per riconosciuto, aveva ed ha ancora, tra le parti e loro eredi o aventi causa, il medesimo effetto dell' atto autentico.

Circa all' argomento tratto dacchè, quando non vi sieno eredi aventi dritto a riserva, il legatario universale è investito di pieno dritto dell' eredità, e non ha bisogno per entrare in godimento de' beni che di una semplice ordinanza del presidente del tribunale, non potrebbesi dire cosa meno conchiudente; imperocchè 1.° la natura dell' atto non potrebbe cambiare a motivo di questa circostanza del tutto estranea, che vi sieno o pur no eredi a cui spetta la riserva; 2.° nettampoco potrebbe cambiare perchè il legatario è universale o a titolo particolare, nei quali casi il legatario non è mai impossessato e deve sempre dimandare il rilascio alle persone indicate nell' art. 1011 c. c. = *965 ll. cc.*; 3.° infine lo stesso legatario universale istituito in virtù di un semplice testamento olografo deve, precisamente nel caso in cui non vi sienò eredi cui spetta la riserva, il solo nondimeno in cui sia impossessato, farsi immettere in possesso con ordinanza del presidente del tribunale (art. 1008 c. c. = *934 ll. cc.*), la quale formalità sarebbe dispensato

di adempire se il testamento fosse per atto pubblico, il che prova che la legge, almeno per questo riguardo, fece differenza tra l'uno e l'altro modo di testare. Quindi tutti convengono oggidì, e questo punto fù parecchie volte giudicato (1), che gli eredi, qualunque essi sieno, cui è dimandato il rilascio de' beni legati, possono da principio contentarsi di dichiarare che non riconoscono nell'atto il quale ad essi vien presentato il carattere e la firma del loro autore, e che incumbe ai legatarii il far ordinare la verificazione in giudizio, e provare la veracità del testamento.

Ma se il carattere sia riconosciuto esser quello del defunto, siccome l'atto ha ancora la stessa forza dell'atto autentico (art. 1322 c. c. = *1276 ll. cc.*), gli eredi non ne possono rifiutare l'esecuzione, salvo ad essi, se credano falso l'atto, il procedere per via di querela in falso principale o per iscrizione di falso incidente, i cui effetti, per ciò che riguarda l'esecuzione dell'atto, son determinati dall'art. 1319 c. c. = *1273 ll. cc.*, e dalle disposizioni del Codice di procedura, nel titolo *del falso incidente civile.*

Si convien pure che se gli eredi, invece di limitarsi da principio a dichiarare di non riconoscere nell'atto il carattere e la firma del loro autore,

(1) *V.* specialmente la decisione della Corte di Parigi, degli 11 agosto 1809 (*Sirey*, 10, 2, 159), della Corte di Brusselles, degli 11 giugno 1810 (*Sirey*, 11, 2, 49); della Corte di Torino, de' 18 agosto 1811 (*Sirey* 11, 2, 149); della Corte di Colmar, del 12 luglio 1807 (Dalloz, tomo V, pag. 660).

impugnano di falso questo atto; dovrebbero allora, per rifiutarne l'esecuzione, tentar la via della querela in falso, o quella di falso incidente secondo i casi, attesochè pretendendo falso l'atto diverrebbero attori, e dovrebbero in conseguenza provare la loro pretensione secondo le regole stabilite per giustificarne.

Del resto dobbiam far osservare che non ostante l'evidenza del fatto, che un testamento olografo sia un atto privato, molti arresti e decisioni hanno giudicato che nel caso di un legato universale, e quando il legatario era stato immesso in possesso dal presidente del tribunale, in virtù degl'art. 1006 1007 e 1008 c. c. = *932, 933 e 934 ll. cc.*, perchè non vi erano eredi aventi dritto alla riserva, spettava agli eredi legittimi il domandare la verificazione e provare che il testamento non emanava dal loro autore. La giurisprudenza offre su questo punto monumenti pro e contra, come si può vedere nella *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 657 e seguenti.

Gli autori nettampoco hanno una dottrina uniforme su questo punto. Merlin (*Repert.* tomo XVII, pag. 778) e Delvincourt invocano per questo caso, come per gli altri, l'applicazione delle regole generali sull'effetto degli atti privati, ponendo in conseguenza la pruova a carico de' legatarii, benchè costoro messi in possesso non dimandino più cosa alcuna. Grenier (tomo I, n.° 292 4.°), e Toullier (tomo V, n.° 503) vogliono al contrario che

spetti agli eredi legittimi il provare contra il testamento, giacchè essi sono allora attori, avendo i legatarii l'immissione in possesso in virtù di un titolo che poteva loro conferirlo. Ci uniformiamo a quest' ultimo parere; ma gli eredi legittimi possono opporsi all' immissione in possesso, per obbligare il legatario universale a provare la sincerità del testamento; e la loro opposizione deve arrestare l' immissione finchè non sia giudicata. L'art. 1008 c. c. = *934 ll. cc.* non volle ragionevolmente disporre se non sul caso in cui il testamento olografo non fosse impugnato dagli eredi: la formalità del deposito ha precisamente per oggetto di avvertirli, e di conservare i dritti di tutti.

47. Abbiam detto che il testamento olografo il cui carattere e sottoscrizione sieno riconosciuti dagli eredi del testatore, o riputati come riconosciuti, fa fede della sua data, benchè quest' ultimo fosse caduto poi in demenza e morto in simile stato È questo un punto eziandio che fu molte volte giudicato in tal senso, come si vede nel tomo precedente, n.° 166, e nel tomo III, n.° 773.

In fatti pretendere, come talvolta si è fatto, che il testamento olografo di una persona che muoia in istato di demenza sia riputato fatto al momento della sua morte, è una violazione di tutte le regole di ragione e di dritto; è prima di tutto supporre la frode da parte de' terzi, e la frode non si presume (art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc.*); è supporre inoltre nel mentecatto una docilità ed una

specie di attitudine per iscrivere con ordine e chiarezza disposizioni che gli si fossero dettate, che può alcerto rinvenirsi in taluni casi, ma in casi i quali saranno sicuramente ben rari.

Del resto ammettiamo che gli eredi possano impugnare il testamento, ma non lo possono che offrendo di provare fatti di frode; e bisogna eziandio a tal uopo che i fatti allegati sieno pertinenti e gravi; che tendano a stabilire di essersi fatto il testamento nel corso della demenza, ed avervi fatto apporre un' antidata dal mentecatto. Con queste condizioni la pruova testimoniale può anche essere ammessa, a parer nostro, benchè non fosse avvalorata da alcun principio di pruova scritta. Non avvi necessità di tentar la via dell' iscrizione in falso; o per dir meglio, non avvi regolarmente possibile iscrizione in simil caso, poichè l' atto ben emana dal testatore, ed avvi soltanto frode da parte di coloro che trassero quest' ultimo a porvi un' antidata: or ogni frode commessa in un atto non è una falsità, soprattutto quando siasi commessa da un individuo il quale non figura nell' atto come parte. Vero è che avvi falsa data, ma questa falsa data non è una falsità qualificata tale dalle leggi: niuno potrebbe essere perseguitato come falsario per simil fatto; è questa una frode, e non altro, ed una frode a cui il testatore stesso non partecipò, di cui non fu che l' istrumento passivo. Altronde nel caso anche di un testamento per atto pubblico, i fatti di frode e d' inganno commessi

fuori dell' atto si proverebbero benissimo per mezzo di testimoni, se questi fatti sembrassero ai giudici gravi così da determinarli ad ammettere la pruova.

La Corte di Caen, senza spiegarsi nondimeno positivamente su questa teorica, giudicò, al pari di noi, con sua decisione del dì 8 aprile 1824 (1), che gli eredi potevano provar per mezzo di testimoni di non essere il testatore sano di mente allorchè aveva testato, e di contenere il suo testamento una falsa data.

Da un considerando dell'arresto di rigetto profferito nella causa del testamento di De Courbeton, tra il marchese di Verac e la di Villers, nel 29 aprile 1814, sembrerebbe nondimeno che secondo la Corte di cassazione, il testatore nel testamento olografo « imprimerebbe l' *autenticità* alla data « del suo testamento, giacchè la legge gli diè il « potere di testare in questo modo ». Donde sembrerebbe risultare che quante volte la firma sia riconosciuta o verificata, l' atto non potrebbe esser impugnato che colla iscrizione in falso.

Ma ei non anderebbe così: la stessa Corte di cassazione giudicò parecchie volte (2) che, sebbene l' art. 289 della consuetudine di Parigi riputasse *solenne* il testamento olografo, questo atto non era nulladimeno per ciò un atto notariale, il che è

---

(1) *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 648.

(2) Lo giudicò in ispecie col suo arresto degli 11 giugno 1810.

dir molto di non essere un atto autentico. L'atto autentico in fatti è quello che è stato ricevuto da pubblico ufiziale autorizzato ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui l'atto si è steso, e colle solennità richieste; art. 1317 c. c. = *1271 ll. cc.* Or dacchè la legge riconosce ne' cittadini il dritto di testare in iscrittura privata, non bisogna conchiudere che riconosce in essi tanti *pubblici ufiziali*: essa dà loro eziandio il dritto di disporre in questa forma de' proprii beni per mezzo di vendita, permuta, transazione, e niuno si è avvisato di dire che sieno essi ufiziali pubblici riguardo agli atti che fanno per comprovare queste convenzioni e disposizioni. Non bisogna spingere troppo oltre le finzioni.

48. La domanda tendente a provar la perdita, sottrazione o distruzione di un testamento, per conchiudere *contra gli eredi* pel pagamento de' legati che si pretendesse di essere stati contenuti in questo testamento, non dev'essere accolta, almeno per regola generale. Imperocchè questa pruova sarebbe molto pericolosa, mentre stabilirebbe in modo assai incerto le pretese disposizioni, la loro natura, il lor valore, le condizioni da cui dipendessero, e non varrebbe a dimostrare di essersi adempite tutte le formalità richieste dalla legge per la validità del testamento.

Ma quando il testamento siasi distrutto da coloro i quali dovevano di ciò profittare, deve allora ammettersi la pruova di questo fatto, anche per

mezzo di testimoni; e secondo le circostanze e le diverse pruove fatte a tal riguardo, giudicheranno i tribunali in che potevan consistere le disposizioni. Essi pronunzieranno in forma di danni ed interessi, in virtù dell' art. 1382 c. c. = *1336 ll. cc.*

Sorge da queste due proposizioni che se fra coloro i quali dovevano profittare della distruzione del testamento, alcuni lo abbiano distrutto o fatto distruggere, mentre che gli altri non hanno partecipato al fatto di distruzione, quei soli che si rendettero colpevoli del delitto, o che fecero perire il testamento per colpa loro, saranno risponsabili verso i legatarii, senza che possano pretendere alcuna indennità dai loro coeredi, a motivo del vantaggio che costoro ritrarranno dalla distruzione o perdita del testamento.

E per la medesima ragione, se la perdita dell' atto avvenga per opera di un terzo, potrà egli esser condannato, verso i legatarii, ai danni ed interessi, il cui valore sarà ugualmente determinato secondo le circostanze e le pruove fatte dai medesimi, e senz' alcun regresso contra gli eredi o altri cui questa perdita potrebbe esser giovevole.

Siffatte risoluzioni applicansi alle diverse specie di testamenti, ed il tutto salve le pene comminate dalle leggi penali contro coloro i quali per frode distruggano atti pubblici o privati.

SEZIONE II.

De' testamenti per atto pubblico.

SOMMARIO.

§. I.

Disposizioni generali sui testamenti per atto pubblico.

49. *Le formalità del testamento per atto pubblico dettero luogo a gravi dubbii, atteso il confronto della legge del 25 ventoso anno XI col Codice.*

50. *I notai che rogano il testamento debbono esser capaci e competenti, sotto pena di nullità.*

51. *Se il notaio incapace fosse ancora pubblicamente riconosciuto come capace, il testamento da lui rogato sarebbe valido: esempio.*

52. *I notai non posson esser parenti o affini del testatore, o del legatario, o tra loro, nei gradi stabiliti dalla legge di ventoso, sotto pena di nullità.*

53. *La data è una formalità essenziale del testamento, abbenchè il Codice non ne parli.*

54. *Delle viziature fatte alla data.*

55. *La menzione del luogo in cui vien fatto il testamento è prescritta pure sotto pena di nullità.*

56. *L' enunciazione del nome e cognome e del domicilio de' notai che rogano il testamento non è prescritta che sotto pena di multa*

57. *Quella del nome e cognome e del domicilio de' testimoni è prescritta sotto pena di nullità.*

58. *Testo degli art. 13, 15 e 16 della legge del 25 ventoso anno XI.*

59. *In qual senso l'* unità di contesto *richiedesi mai da questa legge riguardo ai testamenti per atto pubblico; ed in qual senso lo è dall' art. 976 c. c. pei testamenti mistici?*

60. *L' enunciazione della qualità del notajo è mai richiesta sotto pena di nullità? distinzione.*

61. *Il testamento non può essere rogato in brevetto, e non è lecito al notaio consegnarne la stessa minuta al testatore. Parere del consiglio di Stato.*

62. *Ma deve il notaio rilasciarne copia al testatore che glie la dimanda, abbenchè il testamento non sia ancora munito di registro.*

63. *Dev' esserlo fra tre mesi dal dì della morte, sotto pena di multa contro il notaio.*

64. *I testamenti, come gli altri atti, debbono iscriversi sul repertorio del notaio, secondo la data loro.*

65. *Enunciazione generale delle formalità in ispecie richieste dal Codice riguardo ai testamenti per atto pubblico.*

§. II.

Della ricezione del testamento che vien fatta dai notai o dal notaio in presenza de' testimoni.

66. *Il testamento è ricevuto da due notai in presenza di due testimoni, o da un notaio in presenza di quattro testimoni.*

67. *Non è di rigore il menzionar specialmente che i testimoni hanno assistito alla* dettatura, *ma è di rigore il menzionare la loro presenza alla ricezione ed alla lettura del testamento.*

68. *La circostanza che il testatore fosse cieco non richiede un testimone di più, vigente il Codice.*

§. III.

Della dettatura del testamento fatta dal testatore ai notai o al notaio quando ve ne sia un solo.

69. *Non vi è testamento per via di segni : donde segue che il muto non può testare per atto pubblico, poichè bisogna che il testamento sia* dettato *ai notai, o dal testatore sotto pena di nullità.*

70. *La menzione di essersi dettato dal testatore è di rigore, ma non quella di essersi* dettato *ai notai. Spiegazione.*

71. *L' espressione* dettato *non è rigorosa, ma può esprimersi con termini equivalenti. Diversi esempii.*

72. *Non puossi impugnare che col rimedio della iscrizione in falso il testamento, sul solo pretesto che il testatore non poteva parlare.*

§. IV.

Dello scriversi da uno de' notai, o dal notaio.

73. *Il testamento dev' essere scritto da uno de' notai o dal notaio, e non già da un aiutante del notaio, e nettampoco dal testatore. La menzione di questa formalità è di rigore.*

74. *Ma non è necessario che sia in termini espressi, potendo risultare da chiara enunciazione. Diversi esempii.*

75. *Può rinvenirsi in qualsivoglia parte del testamento, purchè sia prima delle sottoscrizioni.*

§. V.

Che il testamento sia scritto tal quale fu dettato.

76. *Non può il notaro cambiar menomamente la sostanza delle disposizioni che gli vengono dettate, nè aggiungervi o toglierví cosa alcuna.*

77. *Ma gli è permesso di porre in buon francese le frasi scorrette.*

78. *Il testamento deve sempre esser disteso in francese, quando anche il testatore non parlasse questa lingua: allora ne vien fatta una traduzione in margine della minuta nell' idioma del testatore, e gliene è data lettura.*

79. *Ciò si applica ai testamenti rogati nei luoghi in cui la lingua francese non è popolare; ma tutti i testimoni debbono intendere la lingua francese e l' idioma del testatore.*

80. *Il testatore non può far uso di un turcimanno, ma bisogna che egli stesso* detti *le sue disposizioni al notaro.*

81. *Il testamento non sarebbe men valido, benchè fosse stato disteso in terza persona.*

82. *Non è di rigore che il notaio menzioni in proprii termini di aver egli scritto il testamento* tal quale *il testatore glielo ha dettato.*

§. VI.

Della lettura al testatore, in presenza de' testimoni

83. *Il notaio deve far lettura del testamento al testatore, in presenza de' testimoni.*

84. *La pruova che il testatore era privo della facoltà di udir la lettura dell' atto può farsi con vie diverse dall' iscrizione in falso, a differenza di quella che il testatore era impedito di parlare.*

85. *La sola menzione della lettura al testatore ed ai testimoni non appaga il voto della legge. Diversi giudicati profferiti in questo senso.*

§. VII.

Della menzione di essersi osservate tutte le precedenti formalità

86. *Rassegna delle menzioni, specialmente richieste sotto pena di nullità.*

87. *Rassegna di quelle che non sono assolutamente di rigore, giacchè si trovano implicitamente comprese nelle precedenti.*

88. *Regolarmente ogni menzione deve esser fatta con l'enunciazione della formalità che essa ha per iscopo di certificare; ma quest' ordine non è sempre di rigore.*

§. VIII.

Della sottoscrizione del testatore, de' testimoni e de' notai, e delle menzioni a tal riguardo.

89. *La sottoscrizione del testatore dev' essere in generale del suo casato, tal quale viene espresso nel suo atto di nascita, come nei testamenti olografi.*

90. *La disposizione dell' art. 13 della legge di ventoso anno XI è applicabile ai testamenti.*

91. *Continuazione e sviluppamenti.*

92. *Il testamento dev' essere sottoscritto dal testatore, o bisogna che sia fatta menzione della causa ond' è impedito di sottoscrivere: deve farsi anche menzione della sua firma, nonchè di quella de' testimoni; ma non richiedesi quella della firma de' notai.*

93. *Continuazione e sviluppamenti.*

94. *Basta appieno la dichiarazione del testatore* di non sapere sottoscrivere.

95. *Ma non basta quella* di non saper scrivere.

96. *La menzione che il testatore ha firmato il testamento, e la dichiarazione fatta di poi dal notaio di esserne stato impedito, atteso una debolezza sopraggiunta, non importano contraddizione.*

97. *Allorchè il testatore non ha potuto sottoscrivere che imperfettamente stante la malattia o una debolezza sopraggiunta, ed ha il notaio fatto menzione di questa circostanza, il voto della legge è appagato.*

98. *Se il testatore sia sorpreso dalla morte anche dopo di aver sottoscritto, ma prima che sia l'atto adempito di tutte le altre firme, non avvi testamento.*

99. *Se il testatore sapeva sottoscrivere, la sua dichiarazione* di non saperlo, *non impedirebbe che il testamento fosse annullato, sulla pruova che egli sapeva sottoscrivere*

100. *La menzione della firma del testatore, o quella di non sapere o non poter sottoscrivere, nonchè della causa che glielo impedisce, dev' esser posta dopo tutte le altre menzioni e dopo ogni qualsivoglia disposizione, sotto pena di nullità.*

101. *Regolarmente, le diverse menzioni debbono esser messe in bocca del notaio, ma il Codice non lo prescrive sotto pena di nullità.*

§. IX.

Della sottoscrizione de' testimoni.

102. *Il testamento dev' essere sottoscritto da tutti i testimoni; nondimeno nelle campagne basta che firmino la metà de' testimoni: che debbasi intendere per* campagne.

103. *La menzione che il tale o tal altro de' testimoni non ha sottoscritto, è richiesta sotto pena di nullità; ma non lo è quella del motivo onde ne fu impedito.*

§. X.

Delle qualità che debbono avere i testimoni.

104. *I testimoni chiamati ai testamenti sì per atto pubblico che*

mistici, debbono esser maschi, maggiori di età, sudditi del Re, aver l' esercizio de' dritti civili, e non esser nè sordi, nè ciechi, nè muti che non sappiano scrivere.

105. *Lo straniero semplicemente ammesso a risedere in Francia, in conformità dell' art. 13 c. c., non può far da testimone ne' testamenti.*

106. *Non basta di godere i dritti civili per esser testimone nel testamento, ma bisogna anche averne l'* esercizio. *Conseguenza.*

107. *I condannati a pene infamanti non possono esser mai testimoni, ammenochè non sieno stati riabilitati.*

108. *L' individuo sottoposto all' assistenza di un consulente giudiziario può esser testimone.*

109. *Il testamento non sarebbe nullo per effetto della incapacità di un testimone, se quando si formò l' atto questo testimone era generalmente riguardato nel paese come adorno della qualità che gli mancava.*

110. *Non è di rigore che i testimoni abbiano la qualità di cittadino, purchè abbiano altronde quelle richieste dall' art. 980 c. c.*

111. *Quindi un domestico può esser testimone ne' testamenti.*

112. *Neanche è necessario che sieno domiciliati nel circondario del luogo in cui si è rogato il testamento, ma bisogna che il loro domicilio sia menzionato nell' atto.*

113. *I legatarii, a qualsivoglia titolo, i loro parenti o affini in quarto grado inclusivamente, gli aiutanti de' notai da cui vien rogato il testamento, non possono intervenirvi come testimoni.*

114. *Dicasi lo stesso de' coniugi de' legatarii.*

115. *E de' servi de' legatarii o de' notai, nonchè de' parenti o affini, sia di questi ultimi, sia de' legatari, ne' gradi determinati dalla legge di ventoso. Controverso.*

116. *I parenti, affini o servi del testatore, possono esser testimoni.*

117. *I testimoni posson essere parenti tra loro in gradi nei quali i notai non potrebbero rogare il testamento.*

118. *Coloro che, senza essere legatarii diretti, ricevono nondimeno un vantaggio dalle disposizioni del testamento in esecuzione di una condizione, o peso imposto al legatario, non possono essere testimoni all' atto, nè i loro parenti o affini sino al quarto grado.*

119. *La modicità del legato non toglie l' incapacità del legatario di essere testimone nel testamento.*

120. *Il testamento in cui fosse testimone uno de' legatarii, o uno*

de' suoi parenti in grado proibito, cadrebbe per intero: sarebbe nullo questo legato soltanto.

121. *Se, oltre il testimone incapace ve ne fosse anche un numero bastante di capaci, il testamento sarebbe valido.*

122. *I notai possono essere soggetti ai danni ed interessi a motivo della nullità del testamento, allorchè vi sia stata colpa grave da parte loro: è questo un punto rimesso alla prudenza dei tribunali.*

§. I.

Disposizioni generali sulla forma del testamento per atto pubblico.

49. Nei primi tempi della pubblicazione del Codice, insorsero molti e gravi dubbii intorno alle formalità prescritte per la validità de' testamenti per atto pubblico, nè al certo son tutti dileguati.

Alcuni pretesero che avendo il Codice stabilito, anche partitamente, le forme del testamento per atto pubblico, la legge del 25 ventoso anno XI sul notariato, non era applicabile a questa specie di atti; mentre che altri sostenevano al contrario di esserle questa legge sempre applicabile (a), anche ne' punti su cui dispone il Codice.

(a) Nella camera di grazia, e giustizia del già supremo Consiglio di Cancelleria, il consiglier Sarno richiedeva che nell'art. 962 del progetto (corrispondente all' art. 898 delle leggi civili) dovessero precisarsi le solennità stabilite dalla legge sul notariato per gli atti autentici che sono anche comuni ai testamenti per atto pubblico, sembrandogli poco decente che in un Codice si dovesse parlare di regolamento notariale.

Il consiglier Magliano osservò essere sufficiente l'avvertire che debbono concorrervi le altre formalità richieste dalla legge sul notariato per gli atti autentici. Questo avvertimento, ei soggiunse, diviene neces-

L' una e l'altra dottrina allontanavasi dal vero spirito della legge nel complesso delle sue disposizioni: la prima soprattutto non poteva reggere al più lieve esame.

Ed in fatti come mai supporre che i compilatori del Codice stabilendo le regole del testamento per atto pubblico, abbiano inteso di esimerlo dalle forme e condizioni comuni agli atti ricevuti da pubblici ufiziali, val dire la data dell'atto, la competenza del notaio, la costui firma, la condizione richiesta dalla legge di ventoso che non fosse nè parente, nè affine del testatore nel grado da siffatta legge stabilito, ec. ec.? Questo silenzio del Codice indica chiaramente al contrario che essi vollero rimettersi alla legge generale per tutte queste forme e condizioni. In un testamento per atto pubblico conviene considerare due cose: l'atto pubblico, pel quale debbonsi osservare tutte le forme prescritte dalla legge generale del 25 ventoso anno XI, e la espressione delle disposizioni del testatore, non che il modo di certificale, le quali cose sono re-

---

sario perchè nei tempi passati, molti, avendo in veduta le sole disposizioni del Codice sul proposito, trascurarono la legge sul notariato, e nel formare i testamenti, si contentarono di ciò che il Codice abolito prescriveva senza richiedere dippiù. Da ciò ne derivarono nullità e liti nei tribunali; il Goveruo dovette accorrervi con una sanatoria (*) contenuta nel decreto de' 6 agosto 1810.

La detta Camera di grazia e giustizia si uniformò al parere del consiglier Magliano. TRAD.

(*) Col posteriore decreto de' 16 luglio 1820 siffatta sanatoria pei difetti di forme negli atti tra vivi e di ultima volontà, si estese pe' dominii al di là del faro. TRAD.

golate dal Codice civile, che stabilì a tal riguardo canoni speciali da doversi eziandio tutti osservare, e sempre sotto pena di nullità. Da ciò desumiamo questa doppia conseguenza :

1.° Che l' inosservanza, nel testamento per atto pubblico, delle formalità prescritte sotto pena di nullità dalla legge di ventoso anno XI, non che la violazione dei divieti pronunziati da siffatta legge sotto la medesima pena, producono del pari la nullità del testamento, ammenochè il Codice non abbia modificata questa legge per riguardo alla specie di formalità in ragion della quale s' impugnasse l' atto.

2.° Che l'inosservanza di una data formalità stabilita dal Codice per questa specie di atto ne produce ugualmente la nullità, quantunque la legge sul *notariato* non avesse prescritto tale formalità, o non avesse congiunto la pena di nullità alla sua omissione.

Ma sol colla spiegazione successiva delle formalità prescritte pei testamenti, dimostreremo in chiaro modo questa doppia proposizione, la quale del resto non può soffrire che lievi restrizioni.

50. Quindi i notai che rogano il testamento debbono essere *competenti*, cioè autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui l'atto si è steso, in diverso caso il testamento sarebbe nullo; art. 1317 c. c. = *1271 ll. cc.*, e 6 e 68 della legge di ventoso anno XI.

Avverrebbe lo stesso se i notai o uno di essi fossero

incapaci: per esempio, se si trovassero sospesi dalle loro funzioni, interdetti, deposti o suppliti al momento in cui rogassero il testamento; suddetto art. 1317, ed art. 52 e 68 delle legge di ventoso.

51. Ma se non ancora si fosse notificata la sospensione, interdizione o deposizione, il testamento, come gli altri atti rogati dal notaio sospeso, interdetto o deposto, sarebbe valido, giusta l' effetto della massima *error comunis facit jus* (a) dedotta dalla celebre legge *Barbarius Philippus*, 3, *de Officio prætor.* In conformità appunto di questa dottrina la Corte di cassazione giudicò nel 25 novembre 1813 (1), esser validi ed autentici gli atti fatti o intimati da un usciere inderdetto dalle sue funzioni prima che fosse notificata la sentenza d' interdizione.

52. Nè l' uno nè l' altro notaio da cui è rogato il testamento dev' essere parente o affine del testatore, in qualsivoglia grado nella linea retta, e trasversale sino al grado di zio o nipote inclusivamente; art. 8 della legge di ventoso.

Essi non possono esserlo di vantaggio, negli stessi gradi, de' legatarii o di uno di essi: questo art. 8 vieta loro non solo di ricevere gli atti nei quali fossero parti i proprii parenti o affini, ma quel-

(a) Il Re Carlo III colla prammatica 14 *de notariis et de officio judicum ad contractus*, nel togliere l' abuso che erasi introdotto, di far intervenire negl' istrumenti i governatori o giudici locali invece dei giudici a contratti, per non distruggre tanti contratti stipulati in buona fede, impartì ai contratti medesimi una speciale sanatoria. Trad.

(1) *Sirey*, 1814, 1, 76.

li nei quali si contenesse qualche disposizione in costoro vantaggio (1).

Infine non possono esser parenti o affini tra loro negli stessi gradi; art. 10.

Questi divieti sono prescritti sotto pena di nullità (art. 68); e nel caso in cui uno de' due notai fosse parente o affine di uno de' legatarii nei sopraddetti gradi, non sarebbe soltanto nullo il legato fatto a questo legatario, ma il testamento sarebbe nullo per intero.

Vi sarebbe del pari nullità del testamento nel caso pure in cui non fosse fatto un legato diretto al parente o affine del notaio, ma soltanto fosse imposto un peso in suo favore ad uno de' legatarii, anche condizionatamente: per esempio, se fosse detto: *Io lego a Paolo la mia terra di Piccardia, col peso di somministrare una rendita di 1000 fr. ad Elisabetta,* ovvero, *se somministri una rendita di 1000 fr. ad Elisabetta*; imperocchè, quantunque Elisabetta non ricevesse da me direttamente la rendita, nondimeno la riceverebbe o potrebbe riceverla per effetto della mia volontà; talchè sarebbe vero il dire che vi era nel testamento una disposizione a suo vantaggio, lo che impediva che il suo parente o affine ricevesse, come notaio, l'atto che la contenea.

53. Poichè per massima i testamenti per atto

(1) *V.* la decisione della Corte di Douai del 17 marzo 1815; *Sirey*, 1816, 2, 177.

pubblico sono sottoposti alle formalità stabilite dalla legge del 25 ventoso anno XI per gli atti autentici in generale, bisogna conchiuderne che la data è una formalità essenziale la quale non potrebbe essere supplita da cosa alcuna: essa sola può dare i mezzi di giudicare se il testatore era o pur no capace al momento in cui testava, e nel caso in cui vi fossero più testamenti uno de' quali derogasse agli altri, è indispensabile per conoscere qual sia quello che dev' essere eseguito in preferenza. Se la data è imperiosamente richiesta nei testamenti olografi, sotto pena di nullità (art. 970 e 1001 c. c.=*895 e 927 ll. cc.* insiem combinati), non si comprenderebbe come potesse avvenire in diverso modo nei testamenti per atto pubblico.

In verità, l'art. 68 della legge di ventoso che pronuncia la nullità dell' atto formato in contravvenzione alle disposizioni contenute negli articoli . . . se non sia rivestito della firma di tutte le parti, non comprende fra questi articoli l'art. 12, il quale colla sua seconda disposizione prescrive di enunciare negli atti *l' anno ed il giorno in cui sono stipulati, sotto le pene stabilite dell' art. 68 seguente, ed anche di falso se mai vi sia luogo*; ma la nullità è per questo stesso motivo pronunziata da tale art. 12, mentre le pene stabilite dall' art. 68 sono la nullità dell'atto come atto autentico, e i danni ed interessi, se competano, contra il notaio contravventore. Imperocchè la modificazione apportata da questo art. 68, e che con-

siste in considerar l'atto come scrittura privata, se sia munita della firma di tutte le parti, non si applica in alcun modo ai testamenti; attesochè non possono valere come scrittura privata quando non contengano tutte le condizioni de' testamenti olografi o mistici (1), il che non avviene in tal caso.

54. Circa alle viziature che presentasse la data, esse non produrrebbero la nullità in tutti i casi, per esempio, non la produrrebbero se lasciassero facilmente leggere una vera data, se cadessero sopra lettere insignificanti, se fosse manifesto che la data era erronea, e che il notaio la ritoccò immediatamente per correggere il suo errore: a questi casi non si applicherebbe l'art. 16 della medesima legge che pronunzia la nullità delle parole viziate, il che lascerebbe in conseguenza il testamento senza data effettiva, e ne produrrebbe la nullità. Ma circa alle date irregolarmente poste, e così lasciate nell'atto, in generale annullerebbero il testamento, tranne se la ragione forzasse a supplire una parola che mancasse alla data; ed a tal riguardo bisogna seguire le regole da noi sviluppate parlando de' testamenti olografi: i motivi sono gli stessi per l'uno e l'altro testamento.

55. La menzione del luogo in cui l'atto vien formato è prescritta pure dal cennato art. 12, sotto le medesime pene di quella dell'anno e del giorno; in conseguenza non potrebbe omettersi senza

(1) *V.* la decisione della Corte di Torino, del 14 marzo 1807, nella *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 680.

produrre la nullità del testamento, mentrechè non è richiesta nei testamenti olografi. Ma essa è bastantemente espressa con l'indicazione della città o del comune dove è fatto il testamento, non essendo di rigore il menzionare specialmente eziandio la strada o il territorio del comune e la casa, come lo richiedeva l'ordinanza di Blois: nè la legge di ventoso, nè il Codice prescrivono cosa simile (1).

56. L'enunciazione del nome e luogo dove risiede il notaio che roga il testamento viene imposta dalla prima parte di questo art. 12 per tutti gli atti in generale, ma non lo è sotto pena di nullità: questo articolo pronunzia soltanto una multa di 100 fr. contra il notaio contravventore, ed il Codice civile tace a tal riguardo. Or sarebbe arbitrario, e quindi ingiusto, lo aggiungere un'altra pena a quella creduta sufficiente dal legislatore, il quale se avesse riputata questa contravvenzione sì grave quanto quella da lui preveduta nella seconda parte del medesimo articolo, avrebbe ugualmente pronunciato la nullità dell'atto, il che non fece.

57. Questo medesimo art. 12, nella sua seconda parte, e sotto le pene comminate dall'art. 68, cioè sotto pena di nullità dell'atto come atto autentico, ed in conseguenza come testamento, richiede che sieno enunciati i nomi e cognomi de'testimoni istrumentarii all'uopo chiamati, nonchè il loro domicilio; talmente che queste enunciazioni debbono trovarsi nell'atto

(1) Decisione della Corte di Pau, e indi arresto di rigetto del 23 novembre 1825; *Sirey*, 26, 1, 157.

★

sotto pena di nullità, come fu giudicato dalla Corte suprema con arresto di cassazione del 1.° ottobre 1810 (1). Bisogna in fatti che si possa verificare se i testimoni avevano le qualità richieste dalla legge, ed a tal uopo è necessario che il lor domicilio sia menzionato nell' atto.

In appresso, parlando delle qualità che debbono avere i testimoni, vedremo se mai sia di rigore che quelli i quali intervengono nei testamenti sieno *cittadini* francesi e domiciliati nel circondario in cui l' atto è rogato, come il richiede l' art. 9 della legge di ventoso anno XI per gli atti notariali in generale.

58. Le disposizioni degli art. 13, 15 e 16 della legge di ventoso debbono similmente osservarsi nel distendersi il testamento per atto pubblico: questi articoli sono così espressi:

« Art. 13. Gli atti notariali sono scritti in un « solo e medesimo contesto, in modo intelligibile, « senz' abbreviatura, nè spazio in bianco, lacuna « o intervallo: essi conterranno i nomi e cogno- « mi, le qualità e domicilii delle parti, nonchè « de' testimoni che fossero chiamati nel caso del- « l' art. 11; enuncieranno per esteso le somme e « le date; le procure de' contraenti saranno annes- « se alla minuta, la quale farà menzione di es- « sersi data alle parti lettura dell' atto: il tutto « sotto pena di cento franchi di multa contra il « notaio contravventore. »

(1) *Sirey*, 1811, 1, 21.

La mancanza di menzione d'essersi letto il testamento al testatore, in presenza de' testimoni, produce anche la nullità, secondo il Codice, come si vedrà tra poco: l'omissione del nome del testatore e dei testimoni la produrrebbe ugualmente. Ma l'inosservanza delle altre formalità prescritte da questo articolo non indurrebbe in generale la nullità del testamento.

« Art. 15. Le chiamate e le postille non potranno scriversi che in margine, salvo la seguente eccezione, e saranno firmate e cifrate tanto dai notai che dagli altri soscrittori, sotto pena di nullità di esse. Se la chiamata sia tanto lunga che richiegga di essere trasferita in fine dell'atto, dovrà essere non solo firmata o cifrata come le chiamate scritte in margine, ma anche espressamente approvate dalle parti, sotto pena di nullità. »

« Art. 16. Non vi sarà viziatura, nè spazio in bianco, nè aggiunzione nel corpo dell'atto; e le parole viziate, scritte in detto spazio o aggiunte saranno nulle. Le parole da cancellarsi lo saranno in modo che se ne possa comprovare il numero in margine della loro corrispondente pagina, o in fine dell'atto, ed approvate nello stesso modo delle chiamate scritte in margine; il tutto sotto pena di una multa di cinquanta franchi contro il notaio, nonchè di tutti i danni ed interessi, ed anche di deposizione dalla carica in caso di frode ».

59. L'unità di contesto prescritta dal succennato art. 13 s'intende nel senso che l'atto testamentario non deve presentare nè spazio in bianco, nè lacuna, nè intervallo: è questa l'unità di contesto circa alla *forma*. Del resto poichè l'articolo pronunzia una multa contro il notaio, non vi sarebbe luogo ad annullare il testamento per essersi violate queste disposizioni. Laonde crediamo con Ricard, il quale lo dichiara positivamente riguardo anche ad una donazione tra vivi fatta in un testamento (1), che questo atto possa contenerne un altro di diversa natura, soprattutto se quest'ultimo si riferisse in qualche modo all'esecuzione delle volontà del defunto, ovvero al ricuperamento o alla conservazione di qualche cosa a lui appartenente.

Nell' art. 976 c. c. = *902 ll. cc.*, l'unità di contesto per riguardo all'atto di sottoscrizione del testamento mistico, comprende inoltre l'unità di *tempo*, e il divieto di fare alcun altro atto prima che sia terminato quello di soprascrizione, sotto pena di nullità di quest' ultimo: « *Tuttociò sarà fat-*

(1) *Delle donazioni*, part. 3, n.o 107. « Non pongo dubbio, e-« gli dice, che in generale sia lecito di mischiare in un testa-« mento un'altra specie di contratto, la quale essendo adempita « nella sua forma, non seguirà la natura del testamento, ma « quella che l'è propria; come se un testatore, facendo il suo « testamento, vi mischi una clausola che importi donazione tra « vivi, e che ne abbia tutte le necessarie qualità e solennità; io « dico che questo atto, riguardo a tale clausola, è irrevocabile, « giacchè essa contiene in sè un atto separato, e che per essere « collegato nel corpo di un altro, non ne produce la nullità. »

« *to nel medesimo contesto senza deviare ad* « *altri atti* ». È questa l'unità di contesto prescritta dalle leggi romane (1).

Ma l'unità di contesto in quest'ultimo aspetto non essendo prescritta in quanto ai testamenti per atto pubblico, nè dalla legge di ventoso, nè dal Codice civile, non potrebbesi annullar quello in cui si pretendesse che non sia stata osservata. Per esempio, non si dovrebbe annullare un testamento per motivo di non essersi fatto nello stesso contesto, di esservi stata nel distenderlo una sospensione la quale non era richiesta dallo stato del testatore, e che nondimeno fu sì lunga da doversi riguardar l'atto come fatto in due volte, *puta* essendosi cominciato il mattino e terminato la sera, perchè un testimone si trovò costretto ad allontanarsi, o per altre cagioni. La pruova di questi fatti non dovrebbe anche essere ammessa, attesochè non avrebbe alcun risultato sulla sorte del testamento. Ed avverrebbe così dell'assertiva, della pruova eziandio di essersi dal notaio formato un altro atto dopo di aver cominciato il testamento e prima di averlo compito; di aver egli così *deviato ad altri atti*, il che sarebbe senza dubbio un motivo di nullità dell'atto di soprascrizione di un testamento mistico.

(1) *Uno contextu actus testare oportet : est autem* UNO CONTEXTU, *nullum actum alienum testamento intermiscere. Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur* : L. 21, §. 3, ff. *Qui testam. facere poss.*

I notai debbono tuttavolta fare ogni sforzo per osservare l'unità di contesto, tanto per questo riguardo che per qualunque altro: del resto la legge non pronunzia alcuna nullità, ma soltanto stabilisce una multa contra il notaio, per violazione di quanto nel suddetto art. 15 trovasi prescritto.

60. Il Codice civile e la legge sul notariato tacciono intorno all'enunciazione della qualità del notaio, il che fè sorgere la quistione se la mancanza di tale enunciazione produrrebbe la nullità del testamento. Si è dimandato puranche se mai siffatta enunciazione potesse supplirsi con parole le quali indicassero che appunto un notaio rogò l'atto, come sarebbero queste: *innanzi a noi il tale, domiciliato in . . . . , o di residenza nel tale luogo.*

Tutti convengono che la mancanza di enunciazione della qualità del notaio, senza alcuna indicazione atta a sostituirla, produrrebbe la nullità del testamento., benchè l'atto fosse sottoscritto dal notaio (il che convien supporre perchè possa anche esservi luogo alla quistione); ma i pareri son discordi intorno al caso in cui il notaio il quale omise di enunciare la sua qualità, abbia pur nondimeno indicato, colle espressioni adoperate nel preliminare dell'atto, che egli riceveva quest'atto come pubblico uffiziale, dicendo a cagion di esempio, *innanzi a noi, il tale, domiciliato in . . o di residenza in . . . .* Toullier inclina alla va-

lidità del testamento, e Merlin (1) all' opinione contraria.

Noi crediamo che il testamento non sia nullo sol perchè il notaio non abbia formalmente espresso la sua qualità, quando altronde vi sieno parole equipollenti; vie maggiormente che no 'l sarebbe per semplice omissione del domicilio del notaio (2). Non avendo la legge prescritto queste indicazioni sotto pena di nullità, non avvi luogo a pronunziarla, quando altronde non cada dubbio di essersi rogato il testamento da un *tale*, notaio, nel tale domicilio.

61. Può mai il testamento rogarsi validamente in brevetto, e quando siasi rogato con minuta, il notaio che ne è depositario la può egli consegnare al testatore?

Sull' uno e l' altro punto avvi controversia.

Alcuni (3) pretendono che il testamento debb' essere compreso in questa disposizione eccezionale dell' art. 20 della legge di ventoso, che permette ai notai di ricevere, senza serbarne minuta, « i certificati di vita, le procure, gli atti di noto-

---

(1) *Repertorio*, v.° *Testamento* sez. 2, §. 2, art. 3, e tomo XVII pag. 688.

(2) Quest' ultima omissione è dall' art. 12 della legge di ventoso punita con una multa di cento franchi contra il notaio contravventore: dunque non avvi nullità.

(3) In ispecie Delvincourt. Ferriere opinava similmente di potersi ricevere il testamento in brevetto; ma allora non eravi legge sì positiva come quella del 25 ventoso anno XI, la quale prescrisse ai notai di serbar minuta degli atti da essi rogati; e questa legge di ventoso fa solo talune eccezioni, fra le quali non si trovano in paticolarità i testamenti.

« rietà, le quietanze di pigioni, estagli, salarii, « arretrati di pensioni e rendite, *ed altri atti « semplici i quali, giusta le leggi, possono ri- « lasciarsi in brevetto* ». Secondo essi, il testamento dev'essere annoverato fra gli *atti semplici* di cui questo articolo intende parlare, attesochè, dicono, non produce alcun dritto, non genera alcuna obbligazione mentre vive il testatore, ed è sempre rivocabile come una procura.

Altri sostengono con più ragione, a parer nostro almeno, che non si possa applicare l'eccezione ai testamenti, giacchè non vi è alcuna legge in vigore la quale dica di essere il testamento un atto semplice da potersi rilasciare in brevetto; ch'è pur vero di non produrre alcun dritto o obbligazione alcuna in vita del testatore, ed essendo sempre rivocabile, puossi affermare per questo riguardo di essere un atto semplice; ma ciò non basta perchè si trovi compreso nella eccezione: bisognerebbe anche a tal uopo che fosse del numero di quegli atti semplici i quali, *giusta le leggi*, possono rilasciarsi in brevetto. Or non v'ha alcuna legge in vigore che lo dica; perlochè rimane sottoposto alla regola generale la quale prescrive ai notai di serbar minuta degli atti che rogano. Il Consiglio di Stato, consultato dal ministro della giustizia intorno alla quistione, se quando il testatore intenda di rivocare il testamento da lui fatto per atto pubblico, debba il notaio consegnargliene la minuta sulla sua dimanda, diè nel 7 aprile 1821 un pa-

rere negativo, e risolvè entrambi i punti come noi il facciamo. È anche detto in questo parere che il testamento non può esser compreso sotto la denominazione di *atto semplice*, attesochè « gli atti semplici, come la parola l' indi« ca, come la dichiarazione del 1723 lo intende« va, come il relatore della legge del 25 ventoso « lo spiegò al corpo legislativo, sono *quelli il cui « contenuto, la cui natura ed effetti non altro « presentano che un oggetto o un interesse sem« plice in sè stesso e passaggiero*; il che non « puossi dire de' testamenti, i quali, circa al con« tenuto, alla natura ed agli effetti loro, sono al« certo gli atti più gravi e solenni, ec. (1) ».

Producendo il testamento assai importanti e complicati effetti fra gli eredi legittimi ed i legatarii, non dovè il legislatore considerar soltanto il tempo della vita del testatore; dovè eziandio riguardar l' epoca in cui l' atto è per divenire fonte di dritti e di obbligazioni. Che che ne sia, non vien detto in alcun luogo di essere il testamento un atto semplice *da potersi rilasciare in brevetto*; e l' eccezione della legge di ventoso non si applica ad ogni atto semplice, ma a tutti gli atti semplici i quali, *giusta le leggi*, rilasciar si possono in brevetto. Una obbligazione unilaterale, una quietanza son pure tanti atti semplici, e tuttavolta l' atto contenente l' obbligazione deve rogarsi in minu-

(1) Questo parere trovasi nella *Raccolta di Sirey*, anno 1823, part. 2, pag. 82.

ta, ed egli è lo stesso della quietanza se non abbia per oggetto un pagamento di *pigioni*, *estagli*, *salarii*, o *annualità arretrate di pensioni e rendite*, poichè le sole quietanze rilasciate per questi oggetti sono eccettuate dalla regola, e se mai si avesse voluto eccettuar benanche ogni qualsivoglia quietanza, la enumerazione di queste specie di debiti diveniva una inutilità palpabile, il che non potrebbe ammettersi. Del resto non argomenteremo dall'essere in obbligo il notaio di menzionar l'atto sul suo repertorio, poichè è obbligato puranche a farlo in quanto agli atti che può rilasciare in brevetto.

Sul secondo punto, il parer nostro è vieppiù manifesto, se è possibile. Quante volte il notaio abbia rogato l'atto in minuta, più non può spropriarsene, anche usando le precauzioni idonee a provare di averlo consegnato al testatore medesimo. L'art. 22 della legge di ventoso è positivo: « I « notai non possono spropriarsi di *alcuna* minuta, « eccettochè nei casi preveduti dalla legge, ed in « virtù di una sentenza ».

« Prima di rilasciarla, ne distenderanno una co« pia figurata, la quale, dopo di essersi certificata dal « presidente e dal commissario (oggidì il procu« ratore del Re), appresso il tribunale civile del« la loro residenza, sarà sostituita alla minuta, di « cui farà le veci sino alla sua reintegrazione ».

Quindi non avvi eccezione: non possono i notai spropriarsi di *alcuna* minuta. La legge accor-

dando ai testatori il dritto di rivocare le loro disposizioni, fece tuttociò che costoro potean richiedere. Che importa ora che fosse diverso anticamente, giusta l'uso? se ne conviene volentieri, ma ciò non altera punto la quistione, che trova il suo preciso scioglimento nella legge di ventoso anno XI, e non già in usi abrogati. Noi adunque ci uniformiamo perfettamente al sopraccennato parere del Consiglio di Stato, seguito del pari da Grenier e da parecchi altri interpetri del Codice, contra l'opinione nondimeno di taluni altri autori, in ispecie di Toullier e Massè; ma questi ultimi non mirarono effettivamente la quistione che secondo gli antichi usi (1).

(1) Toullier dice inoltre, in nota: « Deve credersi che Grenier, « il quale pretende che il testatore non possa ritirare la minuta « del suo testamento, non giungerebbe sino a sostenere di non a- « ver dritto a farsela esibire. Or io suppongo che egli la laceri o « la cassi al momento in cui il notaio gliela presenta: che mai « ne risulterebbe? Se egli si negasse a darne discarico al notaio, « costui dovrebbe per sua sicurezza distendere un processo verbale; « ma questo processo verbale non potrebbe mai produrre contra « al testatore altri effetti che d' impedire a lui, o a coloro che vi « avessero interesse, di dimandare la minuta del testamento inscrit- « ta sul repertorio del notaio ».

Non puossi conchiudere cosa alcuna, circa alla quistione, dal fatto che qui supponesi; mentre questo fatto sarebbe un torto da parte del testatore, ed un torto non prova un dritto. Supporre che il testatore possa ritirare il suo testamento perchè, in fatto e per sorpresa, può lacerarlo, cassarlo, è un mal ragionare; imperocchè bisognerebbe al contrario stabilir prima di tutto che gli sia lecito di ritirarlo perchè potesse, senza commettere colpa alcuna, distruggerlo in uno o altro modo. Questo fatto altronde sarebbe assai idoneo a compromettere il notaio in faccia agl' interessati, nel caso supposto in cui il testatore non volesse dargli discarico. Il processo verbale di cui parlasi, se non vi fossero testimoni del

Altronde se l' atto contenesse infrazioni alle leggi che rendessero soggette a qualche pena il notaio, dovrebbe forse dipendere dal testatore lo esimere questo pubblico ufiziale dall' applicazione di tali medesime leggi? No certamente, giacchè il procedimento contra di un delitto non può essere prevenuto, nè arrestato da qualsivoglia specie di transazione; art. 2046 c. c. = *1918 ll. cc.* Dunque egli non lo può in altro modo, distruggendo la pruova del fatto.

Il consenso di tutte le parti che han figurato in un atto ordinario non autorizzerebbe certamente il notaio che lo ha rogato a consegnarne loro la minuta: la legge di ventoso vi si opporrebbe troppo positivamente; or, per via di conseguenza, debb' essere lo stesso del testamento; imperocchè l' atto sinallagmatico appartiene a tutte le parti, ma appartiene ad esse soltanto, come il testamento appartiene al testatore. Altronde non potrebbe darsi puranche che contenesse un riconoscimento a vantaggio di un terzo, per esempio, il riconoscimento di un figlio naturale? Ed in tal caso certamente, almeno a parer nostro, non più dipenderebbe dal testatore il rivocare questo riconoscimento della sua paternità; avendolo dichiarato con atto autentico, in conformità dell' art. 334 c. c. = *257 ll. cc.*, è una cosa divenuta irrevocabilmente certa che egli

fatto della distruzione del testamento, non somministrerebbe forse piena sicurezza al notaio; il torto del testatore diverrebbe viepiù grave.

sia il padre del fanciullo: è un fatto oramai provato per quanto era possibile che lo fosse, e che non è più in suo potere di distruggere. Può indubitatamente rivocare ogni disposizione de' beni fatta a favore di tal fanciullo, e di qualunque altro; perchè appunto nelle disposizioni di beni consiste il testamento (art. 895 c. c. = *815 ll. cc.*), ma la dichiarazione di paternità non è parte del testamento, quantunque si trovi nell' atto che attesta la volontà del defunto (1). Quindi indipendentemente dalle ragioni di dritto di sopra sviluppate, vi sono ancora gravi motivi per dire, col consiglio di Stato, che i notai non debbono spropriarsi delle minute de' testamenti da essi rogati; in guisa che quel che si praticava anticamente, l' opinione degli autori su tal punto, tuttociò non debb' essere di alcun peso vigente l' attuale legislazione, le cui disposizioni, giustamente comprese, son positive.

62. Ma il notaro deve rilasciare una copia del testamento al testatore allorchè questi gliela dimandi, quantunque il testamento non sia registrato (2).

63. Dev' esserlo nei tre mesi computabili dalla morte (3), ma l' omissione di questa formalità non pregiudicherebbe alla validità del testamento;

---

(1) *V.* quanto dicemmo sopra tal punto nel tomo III, n.° 219.

(2) Risoluzione del ministro delle finanze, del 25 aprile 1809 riferita da *Sirey*, tomo IX, part. 2, pag. 270.

(3) *V.* Dalloz, alla parola *registro.*

giacchè per regola generale la mancanza di registro spoglia gli atti della caratteristica e de' privilegi dell'autenticità. Il testamento non registrato in detto termine riceverebbe dunque la sua esecuzione; ma il notaro potrebbe essere soggetto all'ammenda stabilita dalle leggi sul *registro.*

64. I notari sono obbligati di annotare sul loro repertorio, sotto la rispettiva data, i testamenti che han rogato: l'art. 29 della legge sul notariato non fa eccezione alcuna, e la Corte Suprema giudicò in tal senso, nel 19 dicembre 1808 (1).

65. Le forme specialmente richieste dal Codice civile per la validità del testamento sono:

1.° Che sia ricevuto da due notai in presenza di due testimoni, o da un notaio in presenza di quattro testimoni (art. 971 c. c. = *896 ll. cc.*);

2.° Che sia dettato dal testatore ai due notari, o al notaro se non ve ne sia che un solo (art. 972 c. c. = *897 ll. cc.*);

3.° Che sia scritto da uno de' notai, o dal notaio (*ibid.*);

4.° Che sia scritto come è dettato (*ibid.*);

5.° Che ne sia fatta lettura al testatore in presenza de' testimoni (*ibid.*);

6.° Che di tutto sia fatta espressa menzione(*ibid.*);

7.° Che il testamento sia sottoscritto dal testatore: o se dichiara di non sapere o non potere scrivere, sia fatta espressa menzione della sua di

(1) *Sirey*, 1809, 1, 231.

chiarazione, del pari che della causa che lo impedisce di sottoscrivere (art. 973 c. c. = *899 ll. cc.*):

8.° Che sia puranche sottoscritto da testimoni; tuttavia nelle campagne basta che sia sottoscritto da uno de' due testimoni, se il testamento sia ricevuto da due notari, e che sia sottoscritto da due de' quattro testimoni, se sia ricevuto da un notaio (art. 974 c. c. = *900 ll. cc.*);

9.° Che i testimoni riuniscano tutte le qualità richieste.

Esaminiamo ciascuna di queste disposizioni: la maggior parte di esse presentano gravi dubbii, ed hanno dato luogo ad una infinità di liti.

§. II.

Della ricezione del testamento dai notari o dal notaio in presenza de' testimoni.

66. Il testamento per atto pubblico è ricevuto da due notari, in presenza di due testimoni, o da un notaro in presenza di quattro testimoni: quindi non può essere ricevuto da altri ufiziali pubblici, per esempio da un cancelliere.

La presenza di due notari (quando il testamento è ricevuto da due), e quella de' due o de' quattro testimoni, alla compilazione dell'atto e per tutto il tempo che dura, è talmente di rigore, che il testamento dovrebbe essere annullato se fosse provato che uno de' notari o de' testimoni si as-

sentò, e che durante la sua assenza il testatore continuò a dettare ed il notaro a scrivere, anche una sola clausola, quantunque in appresso ne fosse stata fatta la lettura al testatore in presenza di tutti i testimoni e del secondo notaro, e se ne fosse fatta menzione.

Ma non è necessario che i testimoni sieno stati espressamente convocati, e per conseguenza sarebbe inutile il far menzione di tale circostanza. L'ordinanza del 1735 (art. 6) dispensava espressamente da questa menzione, di cui non parla il Codice.

Il testamento sarebbe nullo, quantunque i testimoni fossero stati tutti presenti alla ricezione del testamento, se non ne venisse fatta menzione nell'atto.

La pruova della loro presenza non sarebbe ammessa; giacchè deve trovarsi nell' atto medesimo, mediante la menzione, sotto pena di nullità.

Ma, se avvi siffatta menzione, il testamento non può essere impugnato, sotto tal rapporto, che coll'inscrizione in falso.

67. Non è di rigore del resto il fare specialmente menzione che i testimoni abbiano assistito finchè il testamento fu *dettato*, come è di rigore il far menzione della loro presenza alla *lettura*; basta di esprimere la loro presenza alla ricezione del testamento e la loro presenza puranche alla lettura che ne sia fatta al testatore. Gli art. 971 e 972 c. c. = *896 e 897 ll. cc.* insiem combinati altro

non richiedono ; ma esigono imperiosamente la menzione di questa doppia circostanza. La Corte superiore di Brusselles giudicò nel 16 febbraro 1816 sulle conclusioni del procurator generale, Daniels, che la presenza de' testimoni alla ricezione del testamento doveva per necessità essere menzionata del pari che la loro presenza alla lettura (1). Noi siamo di accordo, ma non potrebbesi annullare un testamento sotto pretesto della mancanza di menzione della presenza de' testimoni quando esso fu *dettato*.

Che anzi la medesima Corte giudicò di poi, nel 17 maggio 1819 (2), che la menzione *del tutto*, prescritta dall' art. 972 c. c. = *897 ll. cc.* non si applica che alle formalità enumerate in questo articolo, e non comprende in conseguenza quella della presenza de' testimoni alla ricezione del testamento, richiesta è vero dall' art. 971 c. c. = *896 ll. cc.*, ma senza che questo articolo prescriva di farne menzione. In guisa che secondo tale decisione, la menzione della presenza de' testimoni alla lettura sarebbe bastante. Così noi non opiniamo : queste parole, *del tutto*, si applicano ai due articoli.

68. Vigente il Codice, la circostanza che il testatore fosse cieco non richiede un testimone di più, come il volea l' ordinanza del 1735.

(1) *V.* l' esame delle conclusioni di Daniels, nel tomo XVII del *Repertorio* di Merlin, pag. 622.

(2) L' arresto si rinviene nella *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 747.

§. III.

Della dettatura del testamento fatta dal testatore ai notari o al notaio.

69. Quindi non può esservi testamento per via di segni; il muto non può dunque testare con atto pubblico. Il voto della legge neanche sarebbe adempito, se il testatore rispondesse alle interrogazioni che gli fossero fatte; giacchè egli, ed egli solo, deve enunciare le sue disposizioni; in guisa che il notaio non può scrivere che quelle le quali gli sono interamente dettate dal testatore, cioè pronunziate a viva voce da costui. Non potrebbe limitarsi a copiare un progetto scritto che il testatore gli desse, ma bisognerebbe che quest' ultimo dettasse egli stesso le disposizioni che avesse precedentemente preparate e distese.

70. La menzione che il testatore dettò le sue disposizioni è assolutamente di rigore; ma è forse ugualmente indispensabile di far menzione che il testatore dettò le sue disposizioni *ai notari* o *al notaio*, se non ve ne sia che un solo?

L' art. 972 c. c. = *897 ll. cc.* dice: « se il testa« mento è ricevuto da due notari, vien *loro* dettato « dal testatore, ed è scritto da uno di questi notai « tal quale gli vien dettato.

« Se non vi sia che un solo notaio, *debbe u« gualmente esser dettato* dal testatore, e scritto « da questo notaio . . . .

« *Del tutto* si deve fare espressa menzione ».

Laonde nel caso in cui il testamento sia ricevuto da due notai, la legge richiede che venga *loro* dettato dal testatore, e che si faccia menzione dell' adempimento di queste formalità; ma vuol essa forse assolutamente per ciò una espressa e speciale menzione, o al contrario il suo voto, si trova bastantemente adempito allorchè risulti dal contesto del testamento medesimo che esso fu effettivamente *dettato* ai notari? non è ciò forse equivalente di una espressa menzione, ed anche una menzione espressa, poichè la legge non la prescrive in termini di rigore?

La Corte di cassazione giudicò la quistione in quest' ultimo senso, convalidando un testamento ricevuto da due notari (quantunque esprimesse da principio che era stato dettato da uno di essi), perchè alla fine dell' atto si trovava puranche questo attestato de' notari, *fu così fatto, dettato e profferito dalla testatrice, parola per parola, in loro presenza*. Si credette che questa menzione comprovasse bastantemente che i due notari avevano simultaneamente ascoltato profferire dalla testatrice le sue ultime volontà, ed avevano puranche simultaneamente cooperato a raccoglierle e certificarle (1). Il voto della legge era in fatti abbastanza adempito.

(1) Arresto del 19 agosto 1807, riferito colle conclusioni di Merlin, nel suo *Repertorio*, tomo XIII, v.° *testamento*, sez. 2, §. 3, art 3.

Fu giudicato nel medesimo senso dalla Corte di Parigi, nel 22 agosto 1811. *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 688.

Avvi ancora minor dubbio quando il testamento venga ricevuto da un solo notaio, mentre subitochè si fa menzione che il testatore dettò il suo testamento e che il notaio lo scrisse, è chiaro che il suo testamento *gli* fu dettato; altrimenti non avrebbe potuto scriverlo. La compilazione della seconda parte dell' art. 972 c. c. = *897 ll. cc.* viene ancora in sostegno: « se non vi sia che un « solo notaio, deve (il testamento) essere ugual- « mente dettato dal testatore e scritto da questo « notaio ». Così non è detto: *gli* è dettato, come nella prima parte, in cui dicesi: *loro* è dettato; perchè bisognava in fatti certificare la presenza de' due notari quando il testamento fu dettato; soltanto la disposizione dice: *debbe ugualmente essere dettato dal testatore*, ciocchè è vero; ma non è assolutamente indispensabile di farne menzione in modo speciale, poichè la certezza che fu dettato dal testatore al notaio risulta necessariamente dalle diverse menzioni di essersi dettato dal testatore e scritto dal notaio. La giurisprudenza è conforme puranche a questa opinione (1).

71. Del resto l' espressione *dettato* non è una espressione di rigore (a) che i notari debbono ne-

(1) *V.* le decisioni della Corte di Brusselles, del 25 giugno 1806; del 7 febbraro 1807, e del 16 gennaio 1808. *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 685 e segu.

(*a*) Nei testamenti solenni si ammettono gli equipollenti in quanto all' adempimento delle forme; *decis. della nostra corte suprema di giustizia dei 24 novembre 1829 nella causa tra* Fortini, Gaddi, *ed altri*. Quindi la mancanza della menzione d'essersi letto con voce *chiara*, *intelligibile*, e della menzione d'essere il testatore *co-*

cessariamente usare per prevenire la nullità del testamento; la giurisprudenza loro impone al certo di servirsene a preferenza di ogni altra, perchè esprime in più chiaro modo l'idea della legge, e sottrae così con più sicurezza il testamento agli eventi della interpetrazione de' tribunali; ma può essere surrogata da voci equivalenti e proprie a certificar del pari che le disposizioni del testamento furono effettivamente scritte dal notaio, e secondochè vennero pronunziate dal testatore. L'essenziale si è che non rimanga alcun dubbio sopra tal punto alla sola ispezione dell'atto (1). Questa è la regola; circa all'applicazione, è necessariamente lasciata ai tribunali, e sarebbe difficile che la Corte su-

---

nosciuto dal notaio, non menano a nullità nei testamenti per atto pubblico: *decis. della stessa corte suprema di giustizia dei 7 luglio 1827 e 5 novembre 1829, nelle cause tra* Zecca *e* Zecca, *e tra* Spolidoro *e* Quinto.

Non vi è nullità in un testamento nel quale la dettatura del testatore si fa in terza persona. I testamenti formati vigente il decreto dei 3 gennaio 1809 non sono nulli per la mancanza della intitolazione, o della indicazione del domicilio dei testimoni, e la mancanza della pubblicazione viene supplita dalla menzione fatta di essersi data lettura del testamento al testatore, e di essere il testamento tal quale l'ha dettato: *decis. della detta Corte suprema di giustizia dei 22 luglio 1826 nella causa tra* Schipani *e* Marincola. La menzione che il testamento fu dettato dal testatore, è scritto dal notaio non esige designatamente l'indicazione del luogo: *decis. della cennata corte suprema di giustizia dei 14 marzo 1820 nella causa tra* Mucci *e* Fucci.

Si osservi la nota al n.° 173 di questo volume. Trad.

(1) *V.* Ricard, part. 1; n.° 1505; Favard de Langlade, v.° *testamento*, sez. 1, §. 3, art. 4; Grenier, tomo I, n.° 230, 231, e 234; Merlin tomo XVII, pag. 699; e Toullier, tomo V, n.° 413, 414, e 415.

prema riformasse una decisione che avesse annullato un testamento perchè non si rinvenisse la menzione che fu *dettato* dal testatore, ed allorchè le espressioni usate dal notaio per comprovare l'osservanza di questa formalità, fossero state giudicate insufficienti.

In tal modo la Corte di Torino (1) potè giudicare che la menzione di essersi *dettato* non si trovava in queste espressioni colle quali il notaio si era limitato ad enunciare in qualche modo istoricamente, e parlando in terza persona, la volontà del defunto: *il testatore ha detto e dice di esser questa la sua ultima volontà* (2).

E secondo Ricard (3), la menzione della dettatura non esiste se il testamento dichiari semplicemente che il testatore *hà profferito il testamento di sua propria bocca* e che *il notaio l' ha scritto*, imperocchè siffatte espressioni non presentano compiutamente l' idea compresa nella parola *dettato*; esse non indicano necessariamente che il notaio ha scritto le disposizioni a misura che il testatore gliele hà fatto conoscere; or, *dettare* importa l' idea comune di una persona che parla ad un' altra la quale scrive successivamente ciocchè le vien detto:

---

(1) Decisione del 14 fruttidoro anno XII, *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 688.

(2) Ma è inutile di far osservare che la circostanza di esser posta questa menzione alla fine dell'atto, influì in qualche modo sulla determinazione della Corte.

(3) *Loco citato supra*: egli riferisce una decisione del 1617, che giudicò nel senso della sua opinione.

appunto in tal senso questa parola vien puranche presa dalla legge, colla mira di evitare gli sbagli, gli errori e le frodi.

Ma la Corte di Parigi (1) conservò con ragione un testamento nel quale la menzione di essersi dettato era fatta con queste sole espressioni: « Il pre« sente testamento è stato *pronunziato* dal testa« tore, e *scritto* dal notaio, *a misura che il di« sponente pronunziava* ». Questo *pronunziato* successivo non era altro in fatti che una vera *dettatura*.

72. La menzione che il testatore dettò il suo testamento non altrimenti puossi impugnare che colla iscrizione in falso: non si avrebbe dritto a provare con altro mezzo che tenea la lingua impedita dallo stato della malattia, e che perciò non poteva parlare; mentre che puossi benissimo essere ammesso a provare in modo diverso dall' iscrizione in falso, e non ostante qualunque menzione su tale oggetto, che il testatore non era sano di mente nel tempo in cui fece il suo testamento (2).

---

(1) Decisione del 17 luglio 1806; Dalloz, *Raccolta*, tomo V, pag. 689.

(2) *V.* per l' uno e l'altro punto, tomo precedente, n.° 157 e 158.

§. IV.

Dello scrivere che fa uno de' notai o il notaio.

75. Il testamento deve per necessità essere scritto da uno de' notai, o dal notaio se non ve ne sia che un solo; il testatore medesimo non potrebbe scriverlo, nè un aiutante del notaio, nè uno de' testimoni.

E la menzione che sia stato scritto da uno dei notai, o dal notaio, è richiesta puranche sotto pena di nullità. Essa non sarebbe supplita dall' evidenza del fatto di essere stato il notaio quello il quale in effetti scrisse il testamento, confrontandolo con altri atti scritti dal notaio; l' art. 972 c. c. = 897 *ll. cc.* è positivo.

Indarno si direbbe che la pruova di essere stato il testamento scritto dal notaio si trova nel testamento medesimo; che risulta dalla doppia menzione di essere stato dettato al notaio e dalla lettura al testatore tal quale fu dettato; che la parola *dettato* esprime l'azione delle due persone: di una che *detta*, dell'altra che scrive ciò che le vien *dettato*, e per conseguenza che la pruova del fatto di essere scritto il testamento dal notaio esiste col fatto medesimo di queste menzioni, come esisterebbe col fatto di speciale ed espressa menzione. Qualunque sia la forza di siffatto argomento, non potrebbe prevalere contra il testo positivo dell' art.

972 c. c. = 897 *ll. cc.* Per cui la giurisprudenza è stabilita in modo assai chiaro nel senso della nullità, perchè in fatti i tribunali non debbono aspirare ad essere più saggi del legislatore: essi non sono altro che gli organi della legge (1).

74. Del resto non è di rigore che la menzione dichiari in termini espressi che il testamento *fu scritto* da uno de' notai o dal notaio; basta che attesti positivamente, e senza lasciare alcun dubbio, che in effetti esso fu scritto dall'uffiziale pubblico. In tal senso appunto si esprimeva il cancelliere d'Aguesseau, in una lettera diretta al parlamento di Grenoble: « È vero, ei diceva, che non vi sono in « questa materia espressioni le quali possonsi dire di « rigore e che si chiamano sacramentali, e divé- « nute necessarie sotto pena di nullità.... Ma se « non avvi nella legge alcuna cosa di determinato « sulla forma dell'espressione, bisogna almeno che « il merito e la sostanza sieno esattamente conser- « vati, in qualunque modo il notaio creda di espri- « mersi. »

Per tal modo la Corte di Aix giudicò, nel 5 dicembre 1812, che la menzione che il notaio *distese in* ISCRITTO *sotto la dettatura del testatore*, equivale alla menzione letterale che il notaio scrisse il testamento (2).

(1) *V.* la decisione della Corte di Bruxelles, del 28 nevoso anno XII; quella della Corte di Parigi, confermata dalla Corte di cassazione, del 10 termidoro anno XIII, ed un arresto di rigetto, del 9 febbraio 1808. *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 702 e seguenti.

(2) *Raccolta* di Dalloz tomo V, pag. 708.

Nondimeno la Corte di Torino decise, in una specie simile, che

Ma la dichiarazione del notaio che il testamento *gli fu dettato, che egli lo ha rogato, fatto e disteso*, e *che ne ha dato atto*, fu giudicato di non supplire alla mancanza di menzione espressa che il testamento sia stato *scritto* dal notaio (1). Tuttociò in fatti non attestava necessariamente che il notaio aveva *scritto* il testamento, la minuta del testamento; almeno la Corte potè non iscorgervela in modo evidente.

Fu similmente giudicato che non vi era equipollenza nella dichiarazione fatta dal notaio, che il testatore ha *dettato e pronuziato il suo testamento, e che l'atto è stato fatto e rogato da lui notaio* (2); e molto meno in quella che il notaio *ha ritenuto il testamento a proporzione che gli è stato dettato* (3).

Viemaggiormente la semplice dichiarazione *fatto e rogato, ec.*, non appagherebbe il voto della legge, poichè tale dichiarazione si trova in quasi tutti gli atti, tanto che sieno stati scritti da un aiutante del notaio, quanto che lo sieno stati dal notaio medesimo.

---

la menzione che il notaro *distese* il testamento *per iscritto*, non era equivalente alla menzione espressa di essersi scritto dal notaro; ma eranvi talune altre circostanze, diversamente questa decisione sarebbe stata troppo rigorosa; arresto del 14 aprile 1810, *ibid.* pag. 707.

(1) Decisione della Corte di Torino, ed indi arresto di rigetto del 27 maggio 1807; *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 703.

(2) Decisione della Còrte di Besanzone, e poscia arresto di rigetto, del 4 febbraio 1808; Dalloz, tomo V, pag. 706.

(3) Decisione della Corte di Tolosa, del 16 dicembre 1806; *ibid.*, pag. 709.

75. La menzione di essere scritto il testamento dal notaio, o la menzione per equipollenza perfetta, può rinvenirsi nel principio come alla fine del testamento; basta che sia prima della conclusione dell' atto mediante la lettura, e le sottoscrizioni.

§. V.

Che il testamento sia scritto tal quale vien dettato.

76. Il notaio non può cangiar cosa alcuna che riguardi la sostanza delle disposizioni che gli vengon dettate dal testatore, nè aggiungervi o toglievi qualche cosa, nè modificarle in che che sia.

77. Ma può nondimeno porre in buon francese le frasi scorrette del testatore; l' essenziale è di esprimere perfettamente tutta la idea del disponente, e di non porvi che ciò soltanto nell' atto.

78. Il testamento deve sempre rogarsi in francese, quando anche il testatore non parlasse questa lingua. Dopo l' ordinanza del 1539, tutti gli atti, contratti, testamenti, ec., han dovuto essere rogati in francese (1). Un decreto del 12 termidoro anno II sanzionò in talun modo le leggi dell' antica monarchia vietando di registrare alcun atto, anche in iscrittura privata, se non fosse scritto in lingua francese, e pronunziando in caso di viola-

(1) *V.* il *Repertorio* di Favard de Langlade, *v. lingua francese.*

zione non la pena di nullità degli atti, ma una prigionia contra i notari contravventori. Vero è che l'esecuzione di questo decreto fu sospesa indefinitamente poco tempo dopo la sua pubblicazione; ma un'ordinanza del governo, del 24 pratile anno XI, prescrisse che trascorso il termine di un anno (il quale termine fu di poi prorogato da molti decreti), tutti gli atti fossero rogati in francese nei paesi recentemente riuniti. Questa ordinanza autorizzava tuttavia di scrivere a mezzo margine della minuta la traduzione letterale dell'atto nella lingua o nell'idioma del paese.

I notai di Brusselles diressero una dimanda al ministro della giustizia perchè questa ordinanza fosse rivocata, attesa, a creder loro, la sua incompatibilità coll'art. 972 c. c. = *897 II. cc.*; ma fu loro risposto dal ministro, nel 4 termidoro anno XII, che non eravi alcuna incompatibilità, poichè il Codice non dice che il testatore, il quale può ignorare la lingua francese, detterà il suo testamento in francese; ma che il Codice richiede, stante la sua combinazione colle altre disposizioni legislative o riputate tali, che il notaio distenda il testamento in lingua francese, ciocchè non è la stessa cosa.

La giurisprudenza sanzionò i principii contenuti in questa risposta o circolare. In conseguenza fu generalmente giudicato (1) che il voto della legge

(1) *V.* le decisioni riferite nella *Raccolta* di Dalloz, tomo V.

era bastantemente adempito quando il notaio aveva scritto il testamento in francese (giusta il prescritto dell'ordinanza dal 24 pratile anno XI), ed allorchè egli ne aveva fatto in margine una traduzione nell' idioma del testatore, e che appunto di questa traduzione avea dato lettura (purchè le formalità richieste dal Codice civile fossero osservate). Gli autori a tal riguardo son di accordo colla giurisprudenza.

79. Pei medesimi motivi siffatte risoluzioni dovrebbero applicarsi nei luoghi in cui la lingua francese non è popolare, come in talune parti dell' Alsazia, ed in certi cantoni vicini de' Pirenei.

Ma allora è necessario che tutti i testimoni intendano nel tempo stesso la lingua francese e l' idioma del testatore, affinchè possano giudicare se le disposizioni, tali quali furono da lui dettate al notaio, sieno state fedelmente espresse nella minuta scritta in francese da quest' ultimo, e per comprender anche la lettura che dev'essere fatta della traduzione al testatore in loro presenza.

80. Del resto, anche con tale traduzione nell' idioma del testatore delle disposizioni scritte in francese, quest' ultimo non può servirsi di un turcimanno o interpetre per dettarle al notaio; questo uffiziale deve raccoglierle dalla bocca medesima del testatore, perchè dal medesimo debbono esser dettate e non da altri: per conseguenza il notaio deve necessariamente conoscere l'idioma del disponente. Il pericolo degli errori o delle frodi non sa-

rebbe del tutto rimosso colla traduzione e la lettura che di poi ne fosse fatta al testatore in presenza de' testimoni.

81. Fu giudicato con arresto di cassazione nel 18 gennaro 1809 (1) che la circostanza di essere stato disteso il testamento in terza persona non provava necessariamente che non era stato *scritto tal quale il testatore l' aveva dettato*, attesochè il testatore ben avea potuto così esprimersi; in conseguenza il testamento fu dichiarato valido, e molte Corti reali giudicarono nel medesimo modo. La cassazione sembrava tuttavoltà ben difficile ad ottenersi, poichè la decisione impugnata, estimando il valore della menzione secondo le espressioni del testamento, pareva di aver giudicato piuttosto un punto di fatto che un punto di dritto.

82. Del resto non è di rigore che il notaio esprima in proprii termini che egli ha scritto il testamento *come* il testatore glielo ha dettato; subitochè egli attesta che ha scritto ciocchè il testatore gli ha dettato, attesta pur con ciò che ha scritto il testamento *come* gli è stato dettato: non attesta altra cosa in fatti, se la sua dichiarazione sia sincera, come si presume di esserlo. La menzione di essersi dettato, congiunta a quella di essersi scritto dal notaio, adempie dunque bastantemente a ciocchè la legge richiede.

Da gran tempo la giurisprudenza non offre più

(1) *Sirey*, 1809, 1, 129.

incertezza su tal punto; e gl' interpetri del Codice sono ugualmente con essa di accordo.

Viemaggiormente è così quando il senso delle espressioni dell'art. 972 c. c. = *897 ll. cc. tal quale vien dettato*, si trova riprodotto con voci equivalenti; imperocchè queste espressioni non sono di rigore, ma possono essere surrogate da altre simili, e ciò appunto perfettamente avviene allorquando le menzioni di essersi *dettato* dal testatore, e *scritto* dal notaio, si trovano accompagnate da altre espressioni le quali stabiliscono una conformità certa di questa dettatura con questa scrittura; come allorchè si dica che « il testatore ha fatto e « dettato il suo testamento *che segue*, e che è « stato scritto di mano del notaio; di cui essen- « doglisi data lettura, in presenza de' testimoni, ha « dichiarato di ben comprenderlo ed intendere, e « persistervi. »

Oppure se dica che « il testamento è stato scrit- « to *come segue*, » e che la clausola finale dichiari: « Così fatto e dettato, ec. »

Ovvero puranche, se la menzione sia conceputa nel modo seguente: « Il quale ha dettato a me, « notaio, il testamento, che fu da me scritto, *in* « *questi termini*, ec. »

Fu giudicato (1) in tutti questi casi che il testamento era regolare, e noi l'avremmo risoluto nello stesso modo.

---

(1) *V.* gli arresti e le decisioni nella *Raccolta* di Dalloz, tomo V, cap. 6, sez. 4, art. 2, §. 2 e segu.

§. VI.

Della lettura al testatore in presenza de' testimoni.

83. Deve farsi lettura del testamento dal notaio al testatore, in presenza de' testimoni; ma affinchè questa formalità abbia un oggetto, bisogna che il testatore possa intendere ciocchè gli vien letto: donde segue che chi è interamente sordo non può testare con atto pubblico. Diversamente sarebbe se avesse soltanto l'udito duro (1).

84. La pruova che il testatore era incapace d'udire la lettura del testamento può farsi con testimoni; nè avvi anche materia per iscrizione in falso, attesochè il notaio non ricevè mandato dalla legge di attestare d'essere stata *udita* tale lettura, come gli prescrisse non solo di far questa lettura, ma ancora di farne menzione nell'atto: questa circostanza è fuori del suo ministero. Mentre che quando si pretenda che il testatore era privo dell'uso della parola nel momento in cui faceva il suo testamento, l'atto non può essere impugnato sotto tal rapporto che coll'iscrizione in falso, attesochè il notaio, incaricato dalla legge di scrivere il testamento come gli vien dettato dal testatore, ha pur con ciò mandato di attestare che questi gli ha *parlato*, e certifica questo fatto colla menzione medesima di essersi dettato il testamento dal disponente.

(1) §. 3, Instit. *tit. quib. non est permiss. testam. facere.*

85. La lettura del testamento, diciamo, deve esser fatta al testatore *in presenza* (a) de'testimoni, e debbe farsene menzione, sotto pena di nullità. In guisachè la formalità della lettura si compone di molti elementi, che debbon tutti esser menzionati: 1.° della lettura del testamento; 2.° della lettura al testatore; 3.° della presenza de' testimoni a questa lettura.

La menzione *della lettura* può farsi tuttavolta con equipollenti, come allorchè si dica: *lettura del presente atto*, *lettura de' presenti*, ed altre formole analoghe.

La lettura *al testatore* può risultar puranche da espressioni attestanti chiaramente col loro senso e col loro contesto, che la lettura fu fatta al testatore, e non soltanto ai testimoni.

Ma la semplice menzione che la lettura fu fatta al testatore *ed ai* testimoni non basta general-

(a) Il teatamento per atto pubblico deve essere, a pena di nullità, *letto al testatore in presenza dei testimoni.* Però è sufficiente che risulti comunque d'aver avuto luogo siffatta lettura per sostenersi l'atto. In buon conto l'inversione della sintassi nella locuzione non induce l'inadempimento al voto delle leggi: *decis. dell' abolita nostra corte di cassazione dei 26 marzo 1816 nella causa tra* Falcinelli Cipolla *e* Gramegna, *e decis. della nostra Corte suprema di giustizia dei 2 gennaio 1821 nella causa tra* Titta *e* Tullio.

Sebbene la lettura del testamento al testatore *in presenza dei testimoni* non deve farsi *conceptis verbis*, bastando che necessariamente risulti dall'atto, pure se la gran corte civile si convinca che mancano ancora gli equipollenti per desumerne la lettura, non è la decisione della stessa censurabile: *decis. dei 16 agosto 1828 della detta corte suprema di giustizia nella causa tra* Mauro *e* Pasiso. Trad.

★

mente, perchè non induce per necessità l' idea di una lettura fatta simultaneamente al testatore ed a testimoni, come richiede il Codice (1). In fatti il notaio avrebbe potuto dar lettura al testatore, vicino al suo letto, per esempio, e quindi ai testimoni in una stanza vicina; ed al certo non potrebbe essere soggetto alla pena del falso, per aver certificato ch' ei fece lettura del testamento al testatore *ed ai* testimoni, poichè questo fatto sarebbe vero: mentrechè se avesse attestato che fece tale lettura al testatore *in presenza de' testimoni*, avrebbe nella specie commesso una falsità. Or soltanto nel timore salutare che egli deve avere delle conseguenze delle sue false menzioni o dichiarazioni, la legge cercò e potè rinvenire la garantia della sincerità di queste medesime menzioni o dichiarazioni: donde bisogna conchiudere che ogniqualvolta non avesse commesso una falsità, anche eludendo tuttavia la legge con una calcolata menzione di un fatto vero, ma che non è quello da essa avuto in mira come formalità essenziale dell' atto, avvi nullità, e per rigettarla, il giudice non può stabilire alcuna congettura o presunzione che il fatto sia avvenuto come la legge il richiedeva, e che soltanto fu mal espressa la menzione; neanche può ammettere pruove attinte fuori dell' atto: l' atto medesimo, l' atto solo deve somministrargli la certezza di essere tutto avvenuto come l' ha attestato

(1) *V.* gli arresti del 13 settembre 1809, e 6 maggio 1812; *Sirey*, 10, 1, 292; e 12, 1, 333.

il notaio, se questo ufiziale pubblico non commise una falsità nelle sue menzioni o dichiarazioni.

Ben al certo fu giudicato dalla Corte di Torino (1) che la menzione, *letto in presenza del testatore e de' signori . . . . , testimoni*, era bastante; ma questa decisione non è contraria a quella da noi pocanzi espressa; giacchè la congiunzione E *de' signori . . . . . . , testimoni*, rapportandosi alle parole *in presenza*, che si trovavano nella medesima frase e formavano con esse un solo e medesimo contesto, indicava chiaramente che la lettura era stata fatta *nel medesimo tempo* al testatore ed ai testimoni, come richiede l'art. 972 c. c. = *897 ll. cc.*

In vero non erasi detto testualmente che era stata *fatta la lettura* al testatore in *presenza de' testimoni*; ma la menzione come trovavasi fatta bastava, perchè era chiaro di essersi fatta la lettura a tutti simultaneamente, e per conseguenza di essersi fatta al testatore in presenza de' testimoni; l'equipollenza era perfetta, e la legge non prescrive alcun rigore nelle espressioni.

Indipendentemente dagli arresti della Corte di cassazione da noi citati, questa corte ne profferì altri i quali giudicarono pure che la menzione della lettura *al testatore del pari che ai testimoni*, e quella della lettura *ai testimoni del pari che al testatore*, neanche soddisfaceva alla disposizione

(1) Nel 31 marzo 1806, *Sirey*, 6., 2, 897.

dell'art. 972 c. c. = *897 ll. cc.* (1). Esse in fatti lasciavano sussistere la possibilità che vi erano state due letture separate.

Siffatta giurisprudenza che Merlin preparò colle sue conclusioni, ci sembra di dover essere rigorosamente seguita quando la menzione, *letto al testatore ed ai testimoni*, o *letto al testatore del pari che ai testimoni*, o finalmente *letto ai testimoni del pari che al testatore*, non fosse accompagnata da espressioni dimostranti chiaramente e necessariamente che i testimoni erano presenti alla lettura allorchè dessa era fatta al testatore; soltanto nel caso contrario bisognerebbe attenersi alla validità del testamento.

Nondimeno dobbiamo far osservare che la stessa Corte suprema sembrerebbe di essersi allontanata dal rigore de' suoi principii, col suo arresto (di semplice rigetto, è vero) de' 9 febbraro 1820. Da tale arresto risulterebbe che la espressa menzione che il testamento fu *letto al testatore in presenza de' testimoni* possa dedursi dal complesso delle disposizioni dell'atto, e specialmente che questa menzione si troverebbe bastantemente espressa in una clausola così conceputa: *fatta lettura del contenuto in questo presente atto, il testatore ha detto e dichiarato di averlo ben udito, compreso ed inteso . . . . di tutto che si è disteso*

(1) Decisioni del 10 giugno 1811 e del 24 giugno del medesimo anno. *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 728 e segu.

il presente . . . . in presenza di . . . . (testimoni), fatta di nuovo lettura, ec.

La Corte di Riom dichiarò valido il testamento in questi termini : « Considerando che dal « contesto del testamento avvi certezza che tutto « fu fatto senza intervallo ed alla medesima ora , « ed in una sola volta ; che i testimoni assistette- « ro a tutto, e particolarmente alla lettura fatta « dal notaio alla testatrice delle sue disposizioni « contenute in esso; la Corte dichiara di essere sta- « to mal giudicato in prima istanza , ec. (1) ».

E sul ricorso la Corte di cassazione così si espresse : « Attesochè il testamento di cui si tratta nel- « la causa , sanamente inteso , *si presta alla in- « duzione* desunta dalla Corte reale che la men- « zione espressa voluta dalla legge vi si trovava ba- « stantemente ; che quindi il mezzo manca di fon- « damento ; rigetta ».

Tale arresto, come si scorge, dando ad una semplice *induzione* la medesima forza che ad una menzione positiva ed espressa, sembra di essere in opposizione colla giurisprudenza della Corte di cassazione medesima , del pari che colla disposizione del-

---

(1) La Corte di Besanzone giudicò ancora che eravi bastante menzione in una clausola così conceputa : « *Fatto , letto e rogato « in presenza de' signori . . . (i quattro chiamati per testimoni), « che han sottoscritto il detto testamento col detto notaio.* La testa- « trice ha dichiarato in presenza de'detti testimoni di non sapere nè « scrivere , nè fare il suo nome e cognome , sulla richiesta ed in- « terpellazione fattale dal detto notaio , dichiarando che il suo pre- « sente testamento è conforme alla sua volontà , e vi ha persisti- « to dopo la lettura a lei data » ; Decisione del 19 febbraro 1824.

l' art. 972 c. c. = *897 ll. cc.*, il quale richiede una espressa menzione. Sembrerebbe in fatti stabilire la dottrina che le Corti reali hanno un potere discrezionale per giudicare se le formalità prescritte sotto pena di nullità, nei testamenti, sieno state o pur no adempite, imperocchè sicuramente se la Corte reale avesse annullato quello di cui si tratta, per mancanza di menzione espressa della lettura *al testatore in presenza de' testimoni*, la Corte suprema non avrebbe esitato a confermare la sua decisione. Or crediamo che una tale dottrina sarebbe interamente contraria allo spirito della legge sulla materia.

Inoltre, nella specie non vi era perfetta equipollenza alla menzione della lettura al testatore in presenza de' testimoni, poichè questa menzione non si trovava necessariamente nella clausola finale del testamento: *di tuttochè si è disteso il presente atto, in presenza di . . . . testimoni.* Imperocchè, se questa clausola bastava per attestare la presenza de' testimoni alla *formazione* del testamento, non provava la loro presenza alla *lettura* che ne fu fatta al testatore, pel quale oggetto l' art. 972 c. c. = *897 ll. cc.* richiede tuttavolta una speciale menzione, poichè richiede che sia fatto *del tutto* espressa menzione, per conseguenza menzione della *presenza de' testimoni* alla *ricezione* del testamento da parte de' due notai o dal notaio, e menzione puranche della loro *presenza* alla *lettura* che ne vien data al testatore.

Neanche potevasi allegar la presunzione dell' unità di contesto dell' atto, attesochè la più espressa menzione di tal fatto non dispenserebbe da quella della lettura al testatore, nè, per conseguenza, dalla lettura al testatore in presenza dei testimoni, la sola che adempia il voto della legge. Noi adunque avremmo riguardato il testamento come nullo. Rigettiamo soprattutto in questa materia la dottrina di un autore, il quale opina che quando la menzione può interpetrarsi tanto nella supposizione di una sola lettura fatta simultaneamente al testatore ed ai testimoni, quanto in quella delle due letture possibili, una al testatore, l'altra ai testimoni, convenga interpetrar l'atto nel senso favorevole alla sua validità. Ciò è contrario ai principii che regolano le forme sostanziali de' testamenti, in cui tutto è di rigore.

§. VII.

Della menzione dell' osservanza di tutte le precedenti formalità.

86. Quindi deve farsi menzione che il testamento sia stato ricevuto da due notai in presenza di due testimoni, o da un notaio in presenza di quattro testimoni;

Che sia stato dettato dal testatore;

Che sia stato scritto da uno de' notari, o dal notaio;

E che ne sia stata fatta lettura al testatore, in presenza de' testimoni.

87. Ma queste menzioni sono bastanti, in modo che, e come fu detto precedentemente, non è di rigore il far menzione in termini espressi che il testamento sia stato *dettato a' notari* (o *al notaio*);

Che sia stato *dettato in presenza de' testimoni*;

Che sia stato scritto *tal quale fu dettato*, specialmente quando indipendentemente dalla doppia menzione di essere stato *dettato* dal testatore e *scritto* dal notaio, risulti dalle parole dell' atto che il notaio vi espresse con esattezza tuttociò che gli venne dettato, e niente di più.

88. Regolarmente ciascuna menzione deve farsi colla enunciazione della formalità che ha per oggetto di certificare, ma non è ciò tuttavolta di rigore, attesochè la legge non istabilisce il luogo delle menzioni; per altro è sempre necessario che precedano la lettura del testamento e la menzione di questa medesima lettura, nonchè le sottoscrizioni, o la menzione della dichiarazione del testatore che non sapeva o non poteva firmare. Le sottoscrizioni sono la conclusione dell' atto.

§. VIII.

Della sottoscrizione del testatore, de' testimoni* (a) *e de' notari, e delle menzioni a tal riguardo.

89. In generale la sottoscrizione del testatore dev' essere (b) del suo casato tal quale è dichiarato nel suo atto di nascita. Laonde i nomi semplicemente patronimici, i soprannomi, i nomi dati per burla, i nomi di proprietà o di terra, non sono quelli con cui i testatori debbono firmare i loro testamenti. Ciò fu da noi stabilito parlando del testamento olografo, ove spiegammo ancora le modificazioni di cui questa regola è capace. Ivi rinviamo, per evitare inutili ripetizioni, attesochè le osservazioni da noi fatte a tal riguardo si applicano ad ogni specie di testamento.

90. L'art. 15 della legge del 25 ventoso anno XI prescrive ai notai di enunciare negli atti i nomi, cognomi, qualità e domicilii delle parti, nonchè de' testimoni chiamati, giusta l'art. 11, per certificare il nome, lo stato ed il domicilio delle dette parti allorchè non sieno conosciute dai notai: ma non pronunzia la nullità dell'atto per l'inos-

---

(*a*) *Si osservi la nota al n.° 337 del volume decimoterzo.* Trad.

(*b*) Il notaio deve, a pena di nullità, far menzione dei motivi pei quali il testatore non ha sottoscritto, non bastando la semplice menzione, che ha dichiarato di non potere scrivere: *decis. della nostra Corte suprema di giustizia de' 30 giugno 1825 nella causa tra* Tinghelli *e* Albanese. Trad.

servanza di simili formalità; prescrive soltanto un' ammenda di cento franchi contra il notaio contravventore: donde segue che un testamento non sarebbe nullo perchè non contenesse *i nomi* del testatore, nè la sua *qualità*, nè il suo *domicilio*. Le nullità non si suppliscono. Solamente il notaio sarebbe soggetto all'ammenda pronunziata dal detto articolo.

91. Neppure vi sarebbe nullità quando anche il notaio avesse rogato il testamento senza conoscere personalmente il testatore, e senza di essersi fatto attestare il suo nome, il suo stato ed il suo domicilio da due testimoni, come richiede il precitato art. 11, il quale vuole che questi testimoni riuniscano le qualità richieste per essere testimoni negli strumenti; giacchè la pena di nullità neanche è pronunziata per questa infrazione dall' art. 68 della detta legge (a).

92. L'art. 973 c. c. = *899 ll. cc.* prescrive che « il testamento dev' essere sottoscritto dal testatore; « se egli dichiara di non sapere e non potere scri- « vere, se ne farà espressa menzione, del pari che « della causa che lo impedisce di sottoscrivere. »

Quindi questo articolo non richiede la menzione che il testatore ha sottoscritto, e l'articolo seguente molto meno richiede quella della sottoscrizione de'

(a) Negli articoli 927 e 928 del progetto (corrispondenti agli articoli 899 e 900 delle leggi civili) si richiede che il testamento pubblico fosse firmato dal testatore e dai testimoni in ciascun foglio. Trad.

testimoni, oppur quella che il tale o tal altro di essi non ha potuto ciò fare.

Mentrechè l'art. 14 e 68 della legge di ventoso combinati richiedono espressamente queste diverse menzioni, sotto pena di nullità.

Essi prescrivono similmente, e sotto la medesima pena, la menzione della sottoscrizione de' notai, la quale sottoscrizione per conseguenza non vi sarebbe cosa alcuna che potrebbe supplire.

Ma un parere del Consiglio di Stato del 16 giugno 1810, approvato nel 20 dello stesso mese, ed inscrito nel Bullettino delle Leggi (1), decise per *interpetrazione* (2) della legge di ventoso, e per tutti gli atti autentici in generale, che la pena di nullità pronunziata dall' art. 68 di questa legge non dev' essere applicata che alla mancanza di menzione della firma, tanto delle parti che de' testimoni, e non alla mancanza di menzione della firma de' notai che han rogato l' atto; attesochè se tale menzione ha uno scopo utile per quanto si applica alla sottoscrizione delle parti e de' testimoni, questa ragione cessa riguardo ai notai medesimi, la cui sottoscrizione, sempre richiesta, è pubblica, e comprova le altre.

93. Da principio si elevarono dubbii sul punto

(1) Sotto il n.o 5603.

(2) È questa una interpetrazione *utilitatis causa*, come lo dicono gli stessi considerandi del *parere*. Si vollero sottrarre alla nullità molti atti i quali, per la dimenticanza o la trascuratezza de' notai, non contenessero la menzione della firma di questi pubblici ufiziali.

se la legge di ventoso fosse applicabile ai testamenti in quanto che essa pronunzia la pena di nullità per mancanza di menzione della sottoscrizione del testatore o de' testimoni. Erasi preteso che no, argomentando, per ciò che riguarda il testatore, dall' art. 973 c. c. = *899 ll. cc.*, il quale prevede il caso in cui egli sottoscriva il testamento ed il caso contrario, e che non richiede tuttavolta la menzione se non nell' ultimo: donde volevasi conchiudere che il Codice aveva in tal punto modificato la legge di ventoso; che si poteva tanto più naturalmente pensarlo, per quanto la menzione della sottoscrizione apposta dal testatore non ha, si diceva, alcuna utilità, poichè la sottoscrizione medesima è la pruova della sua esistenza, e che, colla sua relazione col nome del testatore espresso nel corpo dell'atto, presenta ogni certezza a tal riguardo; che quindi era impossibile che questa menzione accrescesse in qualche modo l' autenticità della sottoscrizione.

Ma questa dottrina non prevalse: l'opinione comune degli autori la rigettò, e la giurisprudenza, dopo alcune variazioni, si è definitamente stabilita nel senso della necessità della menzione delle firme del testatore e de' testimoni, sotto pena di nullità (1).

Non puossi in fatti argomentare dal silenzio del

(1) *V.* la decisione della Corte di Torino, del 18 novembre 1811 (*Sirey*, 12, 2, 375); i considerandi dell' arresto di cassazione, del 16 febbraio 1814. *Raccolta* di Dalloz, tomo V, pag. 762.

Codice a tal riguardo, per sostenere che intese derogare in questo punto alla legge di ventoso; imperocchè per essere conseguente, bisognerebbe dir eziandio che il Codice volle derogare a siffatta legge, anche per ciò che concerne la menzione della dichiarazione che il tale o tal altro testimone non sappia o non possa sottoscrivere, di cui neanche parla; lo che sarebbe sommamente assurdo, poichè non contenendo allora l' atto nè la sottoscrizione di questi testimoni, nè la menzione di non aver essi sottoscritto, la loro presenza all'atto non sarebbe certificata da cosa alcuna.

È indubitato altronde che la legge di ventoso si applica in generale tanto ai testamenti che agli altri atti autentici, e che avvi eccezione a tal principio soltanto riguardo ai punti sui quali il Codice si è specialmente spiegato. Questa dottrina venne confermata da tanti giudicati, che ora non più ammette controversia alcuna. Gli autori del Codice civile in fatti vollero stabilire alcune speciali condizioni pe' testamenti, e non derogare alle regole sancite dalla legge generale per dare la caratteristica di autenticità agli atti pubblici. È inverisimile che, rispetto ad atti sì importanti come lo sono i testamenti, abbiano inteso di allontanarsi immediatamente da una legge che si era appena promulgata.

Del resto la menzione della firma del testatore e de' testimoni, nonchè le altre menzioni del testamento, non contiene cosa alcuna di rigore nelle

espressioni. La Corte di cassazione proclamò questa massima con arresto del 16 febbraio 1814 (1).

Ma, e come noi già parecchie volte il dicemmo, se la scelta de' termini è lasciata ai notai, le espressioni da essi usate debbono sempre esser tali che la pruova dell' adempimento della formalità risulti dai termini medesimi dell' atto.

94. La menzione che il testatore ha dichiarato *di non saper sottoscrivere* basta pienamente (2); essa contiene, o per meglio dire esprime la cagione che gl' impedì di farlo, come se avesse detto che non sottoscriveva perchè non sapeva formare alcun carattere. Ma quando il testatore, che sa altronde sottoscrivere, non possa farlo a quel momento per ragione della malattia o di un accidente, allora la cagione dell' impedimento dev'essere espressa nell' atto.

95. Non basta del resto, allorchè il testatore non sottoscriva, di far semplicemente menzione della sua dichiarazione *che non sa scrivere*; è necessario di far menzione *che non sa* o *non può sottoscrivere*; giacchè vi sono persone che sanno sottoscrivere, quantunque non sappiano scrivere. La Corte di Douai giudicò in tal senso nel 9 novembre 1809 (3), e la Corte di cassazione (ma in altra materia), nel 14 agosto 1807 (4): la Corte di

(1) *Raccolta* di **Dalloz**, tomo V, pag. 762.

(2) Decisione della Corte di Liegi, del 24 novembre 1806; *Sirey*, 7, 2, 22. Ve ne sono molte altre in tal senso.

(3) *Sirey*, 12, 2, 407.

(4) *Ibid*, 1808, 1, 47.

Brusselles giudicò tuttavia il contrario nel 15 marzo 1810 (1).

La menzione che il testatore *non ha potuto sottoscrivere* nettampoco è bastante (2); bisogna esprimere la causa per la quale non potè farlo, affinchè si possa un giorno, in caso di controversia, verificare se cravi in fatti impedimento: or per tale oggetto bisogna indicarne la causa.

96. La menzione che il testatore firmò il testamento, e la dichiarazione fatta in prosieguo dal notaio che, *attesa una debolezza sopraggiunta al testatore, questi non ha potuto sottoscrivere*, non offre che un'apparente contraddizione, e non vizia il testamento; il complesso dell'atto presenta con verità ciocchè è avvenuto, cioè che il testatore, sulla dimanda del notaio, aveva dichiarato che sottoscriverebbe, credendo di poterlo fare, ma che poi no'l potè (3).

97. E quando il testatore, dopo di aver cominciato a sottoscrivere, non potè terminare la sua firma, il notaio deve far menzione di questa circostanza, dichiarando che il testatore non potè apporre altra firma che quella, a ragione della debolezza sopraggiuntagli (4).

(1) *Ibid.* 10, 2, 258.

(2) Decisione della Corte di Caen degli 11 dicembre 1822; *Sirey*, 23, 2, 128.

(3) Arresto di rigetto del 21 luglio 1806; *Sirey*, 6, 2, 950. Tal'è puranche la comune opinione degi'interpetri del Codice.

(4) Nondimeno una decisione della Corte di Tolosa, del 5 aprile 1818 (*Sirey*, 1823, 2, 68), annullò un testamento in una circostanza presso a poco simile.

98. Ma se la morte sorprenda il testatore prima che abbia sottoscritto per intero, o anche prima che tutti i testimoni ed il notaio l'abbiano similmente fatto, il testamento è nullo. Importerebbe poco che il notaio avesse già comprovato nell'atto di essersi fatta lettura al testatore, ed avesse fatto pur anche menzione delle sottoscrizioni già messe: la sua è quella che chiude il testamento e lo rende perfetto, ed il testamento non può terminarsi che in vita del testatore. Si è unanimamente di accordo su tal punto.

99. Se il testatore sapesse sottoscrivere, la sua dichiarazione *di non saperlo* proverebbe che non testò liberamente; in conseguenza se fosse presentata la pruova che sapeva sottoscrivere, per esempio se si producessero atti riconosciuti per essere stati sottoscritti da lui, il testamento sarebbe annullato (1).

100. La menzione della firma del testatore o quella che non sa o non può sottoscrivere, nonchè della causa che gl'impedisce di farlo, dev'esser messa dopo tutte le altre menzioni richieste dalla legge: altrimenti le disposizioni, clausole, dichiarazioni o altre menzioni non sarebbero certificate e sanzionate da essa, come debbono esserlo. Tanto fu giudicato dalla Corte di Douai, colla decisione del

(1) *V.* le decisioni della Corte di Grenoble, del 25 luglio 1810 (*Sirey*, 11, 2, 377); della Corte di Treveri, del 18 novembre 1812 (*Sirey*, 1813, 2, 366); e di quella di Limoges, del 26 novembre 1825 (*Sirey*, 26, 2, 180.)

9 novembre 1809, di sopra citata, fondandosi su questo motivo, ed anche sopra quello che l' art. 14 della legge del 25 ventoso. anno XI prescrive di far tale menzione *alla fine dell' atto.*

Tuttavia la giurisprudenza non è uniforme su questo punto; imperocchè la Corte di Digione giudicò al contrario (1) che la dichiarazione del testatore avea potuto esser fatta *nel corpo dell' atto*, e prima di una *disposizione* addizionale, attesochè, dice la decisione, la legge di ventoso non si applica a tal caso, perchè l' art. 973 c. c. = *899 ll. cc.* dispone sul medesimo oggetto dell' art. 14 di detta legge, e non prescrive di fare questa menzione alla fine dell' atto.

Ma è evidente, almeno a creder nostro, che la disposizione addizionale non era sanzionata nè certificata da siffatta menzione che la precedeva, e che la nullità di questa medesima disposizione produceva la nullità dell' atto nel suo insieme, come lo giudicò la Corte suprema con arresto di cassazione del 13 dicembre 1809 (2).

Diversamente sarebbe se l' addizione non fosse una *disposizione*, ma una semplice spiegazione che il giudice avrebbe potuto supplire (3).

Circa alle chiamate, quantunque messe dopo la menzione della lettura, si reputano di far corpo col-

---

(1) Decisione degli 8 gennaro 1811; *Sirey*, 11, 2, 439.

(2) *Sirey*, 9, 2, 432.

(3) *Facit.* l. 21, §. 1, ff. *qui testam. facere poss.*

l'atto, ed essere al loro luogo rispettivo, per conseguenza prima della menzione (1).

Ma è sempre necessario che sieno prima delle sottoscrizioni, le quali formano la conclusione dell'atto.

101. Le diverse menzioni, che il testamento sia stato scritto dal notaio e dettato dal testatore, nonchè quelle riguardanti la lettura e le firme, tanto del testatore che del notaio, debbono regolarmente porsi in bocca di questo pubblico ufiziale, e non in bocca del testatore. L' art. 5 dell' ordinanza del 1735 richiedeva specialmente che la menzione della lettura data al testatore dal notaio fosse fatta *dal detto notaio o tabellione*. Non ostante questa positiva disposizione, era invalso un abuso nella giurisdizione del parlamento di Fiandra, ove assai spesso il testatore parlava egli solo nel testamento, anche per ciò che concerneva le menzioni della lettura e della sottoscrizione; in guisa che il notaio faceva soltanto la parte di scrivano nella formazione dell'atto, ed il testatore quella di pubblico ufiziale; in tal modo egli era il ministro che attestava la sua volontà. Si pretendeva di giustificare siffatto uso dicendo che il notaio colla sua firma si appropriava le dichiarazioni del testatore per quanto riguardava le diverse menzioni richieste. Ma essendo quest' uso contrario all' ordinanza *sui testamenti* ed a ciò che si praticava generalmente nel

(1) Così giudicato dalla Corte di cassazione, nel 3 agosto 1808; *Sirey*, 1808, 1, 557.

regno per gli atti notariali in generale, una dichiarazione del Re ne ordinò l'abolizione, conservando tuttavia i testamenti fatti sotto l'influenza di tal uso.

L'art. 14 della legge di ventoso, per la cui inosservanza l'art. 68 della medesima legge pronunzia la pena di nullità, prescrive ancora che *i notai* dovranno far menzione della firma delle parti. Purtuttavolta siccome il Codice civile non richiede, sotto pena di nullità del testamento, che le menzioni sieno messe in bocca del notaio, anzichè in bocca del testatore, non crediamo che si dovesse annullare un testamento pel solo motivo che queste menzioni si trovassero in fatti espresse dal disponente. Se da una parte tutte le formalità del testamento son di rigore; dall' altra ancora le nullità non debbono pronunziarsi dal giudice se non quando la legge medesima le pronunziò prima, e l'esempio delle leggi antiche non basta per autorizzare i magistrati ad annullare un testamento per simil causa, qualora la nuova legge non siasi spiegata espressamente.

§. IX.

Della sottoscrizione de' testimoni

102. Secondo l'art. 974 c. c. = *900. ll. cc.*, il testamento dev'essere sottoscritto da' testimoni; nondimeno nelle campagne basta che sia sottoscritto da uno de' testimoni, se il testamento si è ricevuto

da due notai, e che sia sottoscritto da due de' quattro testimoni, se si è ricevuto da un solo notaio.

L'ordinanza del 1735 (art. 45) richiedeva, nei casi e nei paesi in cui il numero di due testimoni non era bastante, che non si potessero ammettere se non testimoni i quali sapessero e potessero sottoscrivere, allorchè i testamenti, codicilli o altre disposizioni a causa di morte si facevano nelle *città o borghi chiusi*; e negli altri luoghi, che vi fossero almeno due testimoni che sapessero e potessero sottoscrivere, e col peso del notaio di far menzione della presenza degli altri testimoni, del pari che della loro dichiarazione di non sapere o di non potere sottoscrivere.

Il Codice si serve delle espressioni *campagne* (a),

(a) Il consiglier Sollima nella Camera di Grazia e Giustizia dell'abolito supremo Consiglio di Cancelleria disse doversi definire la *campagna*, onde non abbandonarne il significato all' arbitrio del giudice.

Il consiglier Winspeare opinò doversi comprendere nella parola *campagna* la riunione di abitazioni rurali, che non hanno una propria amministrazione, ma dipendono da altro comune, ed i di cui cittadini sieno agricoli.

Il consiglier Pasqualini espresse che trovava più semplice il disposto della legge *ult. cod. de testam.*, la quale dispensava il numero de' testimoni nei luoghi soltanto nei quali *rari inveniuntur homines literati.*

Il consiglier Sollima manifestò di potersi limitare la dispensa del numero dei testimoni generalmente ne' *comuni* al di sotto di cinquecento anime.

Il consiglier Magliano avvertì che era pericoloso il dare una esatta definizione della parola *campagna*; il di cui significato bisognava abbandonare all' esame de' tribunali, avuti presenti i diversi elementi e circostanze di fatto. Soggiunse, che la mozione del consiglier Pasqualini dava luogo a maggiore arbitrio, e che il le-

il cui senso è assai men determinato di quello delle parole dell' ordinanza, per opposizione alle *città o borghi chiusi*; per cui spetta al giudice del merito il decidere, nei casi dubbiosi, e colla estimazione delle circostanze locali, se *il tal luogo*, ove fu ricevuto il testamento, debba reputarsi *campagna*, nel senso dell' art. 974 sopraccitato. Ma non deve dire che tuttociò che non è *città o borgo chiuso* si reputa campagna, come si sarebbe potuto inferire anticamente dai termini dell'ordinanza; imperocchè in tal modo stabilirebbe una regola che non è scritta nella legge, per farne risultare una conseguenza che neppure è nello spirito del Codice (1).

---

mitarsi nei testamenti pubblici la dispensa de' testimoni, avuto riguardo al numero dei cittadini nei comuni, era irregolare, ed assurdo.

Il Principe di Cardito richiedeva doversi esprimere sotto pena di nullità, che gli altri testimoni non hanno potuto sottoscrivere, e che la dispensa in esame riguarda i testamenti per atto pubblico, e non mai quelli in forma mistica.

Il consiglier Magliano replicò: 1.° che la menzionata dichiarazione di non sapere gli altri testimoni sottoscrivere non veniva richiesta dalla legge, accordandosi il privilegio ossia la dispensa del numero de' testimoni nei testamenti pubblici ricevuti in *campagna*: 2.° ch' era evidente, e per la testuale disposizione, e giacitura della disposizione stessa, e perchè nella soprascrzione de' testamenti mistici si richieggono *almeno sei testimoni*, di non potersi la dispensa del numero de'testimoni verificare che nei soli testamenti per atto pubbligo.

La detta Camera di Grazia e Ginstizia si uniformò alle opinioni del consiglier Magliano. Trad.

(1) *V.* l' arresto del 10 giugno 1817 (*Sirey* 17, 1, 11) il quale, confermando una decisione della Corte di Poitiers profferita in tal senso, si esprime così: «Attesochè la Corte di Poitiers non adot-

103. La menzione che il tale o tal altro testimone non ha sottoscritto è richiesta sotto pena di nullità dall'art. 14 della legge di ventoso, la cui disposizione ci sembra applicabile ancora ai testamenti, malgrado il silenzio del Codice su tal punto; ma questa legge, del pari che il Codice civile, non richiede la speciale menzione della causa che impedì al testimone di sottoscrivere. I notai faranno tuttavia saggiamente di non ometterla: con ciò forse essi preverranno una lite.

§. X.

Delle qualità che debbono avere i testimoni.

104. È regola comune ai testimoni de' testamenti, sia per atto pubblico, sia in forma mistica, che debbano esser maschi, maggiori di età, sudditi del Re, e che godano de' dritti civili; art. 980 c. c. = *906 ll. cc.*

E siccome è necessario che veggano la persona che testa, a fin di prevenire le frodi; che l'ascoltino ancora dettare le sue disposizioni, ed infine che possano rendere testimonianza de' fatti, se avvi luogo, ne segue che il cieco, il sordo ed il muto il quale non sappia scrivere, non possono essere testimoni nei testamenti.

105. Lo straniero semplicemente ammesso dal Re

« tò la massima *che tutto ciò che non è città si considera campa-*
« *gna*, ammessa dai primi giudici; ma che valutando molte cir-
« costanze locali, di cui fa l' enumerazione, la decisione ne ha
« inferito, ec.; rigetta. »

a stabilire il suo domicilio in Francia, ed il quale vi gode in conseguenza de' dritti civili, in conformità dell' art. 13 c. c. = *9 ll. cc.*, non ha qualità per esser testimone nei testamenti: esso non è suddito del Re, è ancora straniero (1); e per esser testimone in questi atti, non basta di godere de' dritti civili in Francia, ma bisogna essere Francese di origine, o esserlo divenuto (2).

106. I testimoni non debbono soltanto godere de' dritti civili, ma debbono ancora esercitarli: le parole *che godano*, nell' art. 980 c. c. = *906 ll. cc.*, sono sinonime *di esercitano*. In fatti un interdetto per demenza, per esempio, gode de' dritti civili, ma non gli esercita; un altro gli esercita per lui: or egli non può essere testimone negli atti, giacchè è assimilato per la sua *persona* ai minori sotto tutela; art. 509 c. c. = *432 ll. cc.*

È lo stesso di coloro che sono in uno de' casi preveduti dall'art. 42 c. pen. = *27 ll. pen.*: essi al certo godono de' dritti civili; ma l'*esercizio* di taluni di questi dritti, specialmente di quello di esser testimone negli atti, vien loro interdetto durante il tempo determinato dalla sentenza; e durante questo tempo, essi non posson essere testimoni nei testamenti.

107. Coloro che sono stati condannati alla pena

---

(1) Decisione della Corte di Rouen, e poscia arresto di rigetto, del 28 gennaio 1811; *Sirey*, 11, 1, 145. La Corte di Torino aveva tuttavia giudicato il contrario, nel 10 aprile 1809; *Sirey*, 10, 2, 85.

(2) *V.* tomo I.° n.° 140 e seguenti.

de' lavori forzati a tempo, a quella dell'esilio, della reclusione o della gogna, non possono mai essere testimoni (art. 28 c. pen. = *15 ll. pen.*), menochè non sieno stati riabilitati; art. 633. c. istr. pen. = *623 ll. pr. pen.*

108. Riguardo all' individuo sottoposto all' assistenza di un consulente giudiziario, può al certo essere testimone nei testamenti; imperocchè non solamente gode de' dritti civili, ma ancora gli esercita, colle restrizioni risultanti dalla sottoposizione all'assistenza del consulente, e che consistono unicamente in non poter da sè solo, ad oggetto di essere validamente obbligato, far taluni atti specificati dalla legge. Ma non conviene assimilarlo all' interdetto per demenza, poichè può maritarsi, far testamento, ec., senza aver anche bisogno dell' assistenza del consulente che gli fu dato. In somma, veruna disposizione della legge esclude la sua testimonianza, giacchè gode de' dritti civili al pari di chiunque altro, sebbene non gli eserciti così pienamente come ogni altro.

109. Se al tempo della formazione del testamento, un testimone si trovava privato di una qualità necessaria, che generalmente per altro in lui si credeva, il testamento non sarebbe perciò nullo Si applicherebbe a tal caso la massima *error communis facit jus*, che i giureconsulti, come avemmo occasione di dirlo, dedussero dalla celebre legge *Barbarius Philippus* (1).

(1) L. 3, ff. *de officio prætorum.*

Stante questa massima, Giustiniano dichiara nelle sua *Instituta* (1), che un testamento non è nullo pel solo motivo che uno schiavo, il quale era creduto pubblicamente per uomo libero, vi abbia figurato come testimone; e la Corte di Limoges, con sua decisione del 7 settembre 1809 (2), applicò giustamente tale dottrina dichiarando valido un testamento in cui aveva figurato come testimone (necessario per ragione del numero) un individuo che si credeva generalmente nel paese investito del godimento de' dritti civili, nel senso dell' art. 980 c. c. = *906 ll. cc.*, mentre ne era privato, perchè al tempo dell' atto era sottoposto a condanna per fatto di disertamento.

La Corte neanche volle ammettere la pruova di questo fatto, per applicazione della surriferita regola.

110. L' art. 9 della legge di ventoso richiede, sotto pena di nullità, atteso il suo confronto coll' art. 68, che i testimoni negli atti pubblici sieno *cittadini francesi, che sappiano sottoscrivere, e domiciliati nel circondario comunale in cui l'atto fu formato.* Ma questo articolo non è applicabile ai testimoni chiamati nei testamenti, attesochè il Codice civile, che gli è posteriore, stabilisce espressamente col succitato art. 980 sulle qualità generali e personali che debbono riunire i testimoni chiamati a questi atti, e richiede soltanto che sieno maschi, maggiori di età, sudditi del Re

(1) §. 7, tit. *de testamentis ordinandis.*
(2) *Sirey*, 1813, 2, 335.

e che godano de' dritti civili, la quale disposizione sarebbe una vera superfluità nel Codice se i testimoni dovessero riunire nella loro persona tutte le qualità e condizioni prescritte dalla legge di ventoso, dappoichè queste qualità e condizioni contenevano già in loro stesse quelle richieste dal Codice civile.

Siffatta modificazione altronde si spiega e si giustifica con facilità. I testamenti sono atti destinati a rimaner segreti fino alla loro esecuzione, e pei quali fa d'uopo ordinariamente un maggior numero di testimoni che per gli altri; non si dovette dunque troppo circoscrivere il numero delle persone che un testatore si proponesse di render confidenti delle sue più segrete volontà, richiedendo che non potesse sciegliere se non individui i quali godano non solo de' diritti civili, ma ancora della qualità di *cittadini* francesi, e di più domiciliati nel circondario comunale in cui facesse ricevere il suo testamento.

111. Quindi può chiamarvi un individuo di condizione domestico, purchè sia maschio, maggiore di età, suddito del Re, godente de' dritti civili, e che non si trovi altronde nel numero delle persone di cui il Codice medesimo non ammette la testimonianza per causa di dipendenza o di sospetto, mentrechè secondo la costituzione dell' anno VIII, che noi non crediamo in tal punto abolita dalla Carta, l'individuo di condizione domestico essendo privato dell' esercizio de' dritti di *cittadino*, non avrebbe potuto essere testimone nel testamento, giusta la legge del 25 ventoso anno XI.

112. Il testatore può, pei medesimi motivi, chiamare come testimoni nel suo testamento, individui che riuniscano le qualità sopra espresse, quantunque sieno domiciliati fuori del circondario comunale in cui l'atto è ricevuto. Quest' ultimo punto, che incontrò in sulle prime qualche dubbio, fu giudicato in tal senso da molte decisioni, e non dev' essere ora più soggetto a qualsivoglia controversia (1).

Del resto, e come noi il dicemmo più sopra, la legge di ventoso, la quale prescrive ai notai, sotto pena di nullità, di far menzione del domicilio de' testimoni, dev' essere osservata, attesochè non è dessa una *qualità* de' testimoni regolata dal Codice, ma una formalità degli atti pubblici. Bisogna in fatti che si possa verificare se questi testimoni avevano tutte le condizioni e qualità richieste, e per l' oggetto è necessario che l' atto indichi il loro domicilio.

113. Secondo l'art. 975 c. c. = *901 ll. cc.*, « nei « testamenti per atto pubblico non possono am- « mettersi per testimoni nè i legatarii, qualunque « sia il loro titolo, nè i loro parenti o affini sino « al quarto grado inclusivamente, nè gli aiutanti « de' notari dai quali gli atti saranno ricevuti. »

114. Abbenchè qui non si parli de' *coniugi* de' legatarii, non ci sembra tuttavolta dubbioso che potrebbero essere testimoni nei testamenti. Poco importa che uno de' coniugi non sia propria-

(1) La giurisprudenza ricevè una diffinitiva sanzione coll'arresto di cassazione del 4 gennaro 1826; *Sirey*, 26, 1, 29.

mente parlando l' *affine* dell' altro (1): esso è la sorgente dell' affinità, si trova per lo stesso motivo implicitamente compreso nella proibizione fatta contra gli *affini*. Nelle leggi, il coniuge, rispetto alle cause di *ripulsa* o di *ricusa*, è sempre posto al medesimo livello degli affini; e sarebbe troppo assurdo che il marito di una legataría potesse esser testimone nel testamento, mentrechè il parente di questo stesso marito, per esempio, suo fratello o suo nipote, no'l potrebbe.

115. Questo art. 975 c. c. = *901 ll. cc.* estende, come si scorge, ai parenti o affini de' legatarii nel grado di germano l' incapacità che nella linea trasversale la legge del 25 ventoso non istabilisce che rispetto ai parenti o affini sino al grado di zio o di nipote inclusivamente, cioè al terzo grado soltanto.

Ma da un' altra banda non parla de' servi de' legatarii, mentrechè giusta la legge di ventoso i servi delle parti o di coloro in favore de' quali l' atto contenesse alcuna disposizione non possono essere testimoni negli atti; e la Corte di Caen giudicò (2) che il servo di un legatario avea potuto figurare come testimone nel testamento, attesochè, dice la decisione, il Codice civile si spiega sulle qualità che debbono avere i testimoni, del pari che sulle cause le quali impediscon loro di figurare nel testamento; e non vieta di ammettersi i servi de' le-

(1) L' *affinità* vien definita, il legame che unisce uno de' coniugi ai parenti dell' altro.

(2) Decisione del 4 dicembre 1812; *Sirey*, 1813, 2, 65.

gatarii; che in tal punto il Codice modificò la legge generale sul notariato.

Ma se fosse così, bisognerebbe dire del pari, e per applicazione de' medesimi ragionamenti, che i servi de' notai dai quali vien ricevuto il testamento possano ancora figurare come testimoni istrumentarii, giacchè il Codice non gli esclude ugualmente che i servi de' legatarii, poichè molto meno ne parlà. Bisognerebbe dir similmente che i parenti o affini de' notai, de' quali la legge di ventoso non ammette la testimonianza in linea retta all' infinito, e nella trasversale sino al grado di zio o di nipote sieno eziandio idonei ad essere testimoni nel testamento; ma allora quali mire contraddittorie non è mai forza di supporre nel legislatore! Che! avrà egli creduto sospetta e non ammessa nei testamenti la testimonianza de' cugini ed affini de' legatarii sino al quarto grado inclusivamente, la quale testimonianza ammette tuttavolta in quest' ultimo grado negli altri atti pubblici; e da un'altra parte avrà voluto forse accogliere quella de'servi di questi medesimi legatarii, nonchè quella de'parenti, affini e servi de' notai, che non ammette ugualmente quando si tratti di qualunque altro atto! Ciò in vero sarebbe assai inconseguente ed assurdo. La dipendenza del servo di un legatario o del notaio è sicuramente la medesima, qualunque sia la specie di atto di cui si tratta, e subitochè non si ammette la testimonianza degli aiutanti del notaio per tal motivo, devesi ugualmente non ammetter quella de' suoi ser-

vi, de' suoi parenti o affini, sino al grado di zio o di nipote, poichè la legge generale li pone tutti alla medesima riga riguardo a quest'oggetto. Siffatta risoluzione non è contraria a quanto abbiam detto, che le qualità generali che debbono avere i testimoni chiamati ai testamenti son regolate dal Codice civile; imperocchè stabiliamo questa proposizione solo sotto il rapporto delle qualità personali richieste in ciascun individuo, fatta astrazione dalla persona del testatore; mentre che qui è un altro ordine di capacità, una capacità relativa, se è lecito così esprimersi, la capacità di esser testimone nel testamento della tale persona. Or il Codice non istabilì regole assolute riguardo a questa capacità; si spiega soltanto riguardo ai parenti o affini de' legatarii sino al quarto grado inclusivamente, e riguardo puranche agli aiutanti de' notai dai quali vien l'atto ricevuto. Sotto tale rapporto, le sue disposizioni sono incomplete, bisogna dirlo, ma nulla induce a credere che esse sieno concepute in significato ristrettivo. Il semplice buon senso insegna al contrario che il figlio del notaio, per esempio, non può far testimonianza della sincerità colla quale suo padre esercitò il di lui ministero nel distendere il testamento, oppure il legislatore sarebbe inconseguente per aver escluso l'aiutante di questo medesimo notaio. Il ministero di questo ufiziale pubblico sarebbe effettivamente viziato da una simile testimonianza, perchè non lo eserciterebbe più con tutte quelle garentie che la legge ricercò nella

presenza di persone non soggette alla sua influenza

Basta questo solo esempio per dimostrare che l'argomento desunto dal silenzio del Codice sopra siffatti punti è pur concludente, e la medesima cosa può dirsi della testimonianza del servo del detto notaio; viemaggiormente di quella del servo del legatario, la quale ha, se è possibile, un carattere di sospetto vieppiù chiaro, a causa dello stato di dipendenza nella quale si trova questo servo rispetto a colui che ha interesse alla esistenza del testamento.

116. Circa ai parenti, affini o servi del testatore, di cui il Codice neanche parla, la cosa è diversa; la loro testimonianza nulla ha di sospetto tostochè il testamento non contiene alcuna disposizione a lor favore, nè a favore de' loro parenti o affini in grado proibito.

La legge di ventoso, in quanto che esclude la testimonianza de' parenti, affini o servi *delle parti*, non è applicabile a questo caso, attesochè il testatore, nel senso di siffatta legge, non dev' essere considerato come *parte*, mentre non è interessato nel testamento; non deve cosa alcuna ridondargliene. Egli è vero che il dritto romano non ammetteva la testimonianza di coloro i quali erano sottoposti alla potestà del testatore nel momento in cui egli testava, ma ne è motivo che essi agli occhi della legge erano riputati di formar seco lui una sola e medesima persona, e non già che la loro testimonianza sembrasse sospetta. Unicamente in questo

senso bisogna intendere le parole del §. 9 nelle *Instituta, tit. de test. ordinand*: *Reprobatum est in ea re domesticum testimonium.* Ciò è sì vero, che il figlio emancipato potea validamente esser testimone nel testamento di suo padre (1).

117. I testimoni posson esser parenti o affini tra loro nei gradi in cui no 'l potrebbero essere i notai perchè fosse loro lecito di rogare il testamento: non vi è disposizione nella legge di ventoso, nè nel Codice, che vi si opponga; ed era massima indubitata nel dritto romano di potere il padre ed il figlio figurar come testimoni nel medesimo testamento: *Nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*; l. 22, ff. *qui testam. facere possunt* (2). Ricard (3) e Furgole (4) il dichiararono puranche nel più espresso modo.

Purtuttavolta si volle pretendere il contrario avanti la Corte di Brusselles, dimandando la nullità di un testamento nel quale erano intervenuti come testimoni, individui parenti fra essi in un grado che non avrebbe permesso ai notai di rogar l'atto. Allegavasi che il tribuno Favard nel suo rapporto al Tribunato, in nome della sezione di legislazione si era espresso in positivo modo a tal riguardo, dicendo: « I testimoni non devono anche

(1) *V.* Vinnio su questo paragrafo

(2) La l. 17, ff. *de testibus*, ed il §. 8 nelle Instituta *de testam. ordinandis*, stabiliscono assolutamente la stessa regola.

(3) *Trattato delle donazioni*, parte 1.ª, cap. 5, sez. 3. n.° 1956

(4) *Trattato de' Testamenti*, cap. 3, sez. 2, n.° 6.

« essere *parenti fra loro*. Questa proibizione ha « per base gli stessi motivi che gli escludono quan- « do sono parenti delle parti contraenti: i testimo- « ni, come i notai, debbono essere esenti da ogni « sospetto personale (1). » Ma con decisione del 25 marzo 1806 (2) la Corte rigettò questa pretensione, la quale non aveva alcun fondamento nella legge.

118. La disposizione che esclude dal testamento per atto pubblico la testimonianza dei legatarii, a qualsivoglia titolo, non che quella de' loro parenti o affini sino al quarto grado, è applicabile benanche a quelli i quali, senza essere legatarii diretti, ricevessero nondimeno qualche cosa per volontà del testatore: per esempio, se legasse a Paolo la sua casa, a condizione di dare mille scudi a Pietro, quest' ultimo non potrebb' essere testimone nel testamento. È in fatti come se avesse detto: Io lego la mia casa a Paolo, meno un valore di mille scudi il quale sarà preso su quello di tal casa, per esser pagato da Paolo a Pietro. Per lo che vedremo in prosieguo, che, quasi per tutti i riguardi, specialmente per quello della capacità, il terzo è assimilato ad un legatario comune.

119. Del resto la poca importanza del legato non toglie l'incapacità del legatario di far testimonianza nel testamento.

120. Il testamento in cui un testimone fosse in-

(1) *Codice civile e motivi*, ediz. Didot, tit. 7, pag. 502.
(2) *Sirey*, 13, 2, 51.

capace è interamente nullo, quando anche la causa dell' incapacità fosse la parentela o l' affinità di questo testimone con uno de' legatarii. Non è nullo soltanto il legato fatto al parente del testimone, ma l' atto cade in tutte le sue disposizioni.

Per lo medesimo motivo, nel caso di una sostituzione volgare, se l' istituzione sia nulla per causa di parentela di un testimone con l' istituito, la sostituzione è similmente nulla, giacchè il vizio di forma regna sull' atto intero (1).

121. Ma se, oltre il testimone incapace ne rimanesse un numero bastante, riunendo ognuno tutte le condizioni richieste, e riguardo ai quali si fossero altronde osservate tutte le formalità per ciocchè riguarda la compilazione dell' atto, non vi è dubbio che il testamento sarebbe valido, non ostante la incapacità di questo testimone: *Utile per inutile non vitiatur.*

122. Secondo l'art. 68 della legge del 25 ventoso anno XI, i notai, nel caso in cui i loro atti sieno annullati, sono tenuti de' danni e interessi delle parti, *se competano.* Devesi dunque applicar ad essi questa disposizione, allorchè i testamenti sono per colpa loro annullati; ed essi non hanno a tal uopo alcun regresso contra gli eredi cui la nullità è vantaggiosa, giacchè non si reputa che questi ultimi facciano perciò un lucro, e si arricchiscano a spese del notaio condannato: essi evitano soltanto

(1) Così giudicato dalla Corte di Metz il 1.° febbraio 1821, *Sirey*, 22, 2, 361.

il danno che avrebbe potuto lor cagionare il testamento. Altronde *qui culpa sua damnum sentit, nullum damnum sentire censetur.*

Ma i tribunali debbono dichiarare risponsabili i notai sol quante volte la colpa da loro commessa sia di grave natura: a cagion d'esempio, se due notai parenti o affini tra essi nei gradi proibiti dalla legge di ventoso avessero rogato il testamento, sarebbe indubitato di andar soggetti ai danni ed interessi delle parti lese dalla nullità dell'atto; ed ogni altra colpa analoga li renderebbe ugualmente risponsabili; non sarebbe anche necessario che fosse così grave.

Ma allorquando il testamento sarà annullato sol per l'inosservanza di una formalità sulla cui necessità i giureconsulti ed i tribunali medesimi non fossero ben determinati, come la materia de' testamenti, allora i notai debbono essere esenti da ogni risponsabilità. Spesse fiate ancora l'omissione di una menzione o di una formalità chiaramente indicata dalla legge, o una menzione irregolare che sarà bastata per far annullare il testamento, non basterà nulladimeno per rendere eziandio risponsabili il notaio o i notai. I tribunali hanno a tal riguardo un potere discrezionale, che loro è attribuito dalla legge medesima, in questi termini, se *competa.* Ben si vede in fatti, come sarebbe stato rigoroso, per una mancanza di attenzione, una semplice negligenza, una dimenticanza, il sottoporre un pubblico ufiziale ad un'assoluta rispon-

sabilità, che spesso avrebbe potuto produrre la sua rovina.

Senza dubbio, ella è massima che qualsivoglia fatto dell'uomo il quale cagioni altrui un danno obbliga quello per cui colpa è avvenuto a ripararlo, e siamo risponsabili non solo del danno cagionato per fatto proprio, ma anche di quello che si cagiona per propria negligenza o imprudenza; art. 1382 e 1383 c. c. = *1336 e 1337 ll. cc.* Aggiungeremo pure esser massima eziandio che colui il quale esercita una professione o un'arte è riputato di promettere l'abilità bastante per esercitarla come conviene: *Is qui profitetur artem, profiteri quoque peritiam censetur.* Ma l'applicazione di queste medesime regole deve farsi con saggezza ed umanità: tal'è il voto del legislatore. Le funzioni de' notai sarebbero troppo pericolose, se questi pubblici ufiziali dovessero in ogni caso essere risponsabili della nullità de' loro atti: la ragione avrebbe allora richiesto che potessero stipulare onorarii analoghi, ed anche in qualche modo un premio di assicurazione. Tale peraltro non è l'idea della legge: vero è che li rende risponsabili, ma *se competa*, come sotto una condizione, lasciando così ai tribunali la cura di esaminare se il caso siasi effettuato. Le sue disposizioni a tal riguardo son piene di saggezza, soprattutto in una legislazione che non rende i giudici risponsabili degli effetti delle loro sentenze; quando sol per imperizia le abbia profferite, abbenchè tale fosse il testo espresso delle leggi.

SEZIONE III.

Del testamento mistico.

SOMMARIO.

123. *Non è di rigore che il testamento mistico sia scritto dal testatore, e neanche che sia sottoscritto; ed in generale non è necessaria la data.*

124. *La carta è chiusa e sigillata.*

125. *Presentazione del testamento ad un notaio in presenza di sei testimoni.*

126. *Dichiarazione del testatore.*

127. *Processo verbale o atto di soprascrizione disteso dal notaio in presenza de' testimoni.*

128. *Firma dell'atto di soprascrizione da parte del testatore, del notaio e de' testimoni.*

129. *Unità di contesto.*

130. *Menzione indispensabile, e quelle che non lo sono. Decisione ed arresto diversi.*

131. *Quando il testatore non abbia saputo o potuto sottoscrivere allorchè ha fatto scrivere le sue disposizioni, è necessario un testimone di più all' atto.*

132. *Caso in cui il testatore non può parlare, ma può scrivere.*

133. *Quelli che non sanno o non possono leggere, non possono fare testamento mistico.*

134. *Il sordo o il muto che non sappia o non possa leggere, e che in conseguenza non sappia scrivere, non può in alcun modo testare.*

135. *Per fare un testamento mistico, non basta di poter leggere i caratteri stampati, ma bisogna poter leggere quelli a mano.*

136. *L' indebolimento della vista non impedisce di testare in questa forma: diverse proposizioni.*

137. *L' atto di soprascrizione dev' essere datato.*

138. *Il testamento mistico nullo come tale è valido come olografo, se sia scritto per intero, datato e sottoscritto di pugno del testatore.*

139. *I testimoni scelti pel testamento mistico debbono avere le qualità espresse nell' art. 980 c. c.*

140. *I legatarii, in questo testamento, possono essere scelti per testimoni.*

141. Ma non gli aiutanti ed i servi de' notai, nonchè i suoi parenti o affini nei gradi determinati dalla legge del 25 ventoso anno XI.

142. Obbiezione per riguardo all' ammessione de' legatarii come testimoni nel testamento mistico, e confutazione.

143. Un legato fatto nel testamento al notaio che distende l' atto di soprascrizione non lo vizia, ed il legato non è men valido.

144. L' art. 974 c. c., secondo cui basta nelle campagne, che la metà de' testimoni firmino il testamento, non è applicabile ai testamenti mistici.

145. Il testamento mistico regolare partecipa delle caratteristiche dell' atto autentico.

123. Le formalità del testamento mistico sono, allorchè il testatore sappia sottoscrivere:

1.° Che il testamento sia da lui scritto e sottoscritto, o almeno sottoscritto da lui; art. 976 c. c. = *902 ll. cc.*

Mon è di rigore che il testamento sia datato, giacchè il Codice non lo prescrive. Essendo l' atto di soprascrizione rogato da un pubblico ufiziale, dev' essere necessariamente datato, e dà con ciò pure la data al testamento che non ne abbia, o che ne abbia una imperfetta (1).

124. 2.° Che la carta la quale contiene le disposizioni, o quella che serve d' involto, se avvene, sia chiusa e sigillata dal notaio in presenza de' testimoni; *ibid.*

Bisogna che il testamento sia *suggellato* ed in conseguenza che siavi l' impronta di un *suggello*, o un' impronta qualunque. Fu giudicato dalla Cor-

(1) Arresto di rigetto del 14 maggio 1809; *Sirey*, 9, 1. 255.

te di cassazione nel 7 agosto 1810 (1), che un testamento mistico il cui involto era chiuso con semplice ostia era nullo, come non *suggellato*: esso era *chiuso*, ma non *suggellato*, e la legge vuole che sia *chiuso e suggellato*. Ed in fatti sarebbe più facile di aprire il plico senz'apparente frattura, allorchè non vi fosse impronta: or vi bisogna un'impronta, ed appunto per riconoscerla i notai ed i testimoni son chiamati all'apertura del testamento, giusta l'art. 1007 c. c. = *933 ll. cc.* Ma egli non è rigoroso che il testatore faccia uso di un suggello proprio; potendo, per esempio, valersi di quello del notaio (2).

125. 5.° Bisogna che il testatore presenti egli stesso (a) il testamento chiuso e sigillato ad un

---

(1) *Sirey*, 10, 1, 353.

(2) *V.* l'arresto della Corte di cassazione del dì 8 febbraio 1820; *Sirey*, 20, 1, 191.

(a) I testamenti *in scriptis* si dovettero circondare di formalità atte ad assicurare *l' identità*, *l' autenticità* e *l'integrità* dello scritto che racchiude la volontà del disponente. *Bisogna temere*, diceva l' oratore del Governo, *la sostituzione delle persone o delle carte in tali atti*; *quindi è necessario*, *che le formalità sieno tali che le macchinazioni più sottili della cupidigia restino sventate.* In fatti le parole QUOD OFFERTUR della legge *Hac consultissima 21 cod. de testament.* non altro esprimer vogliono, se non che l' atto della *presentazione* del testamento, che deve fare il testatore al notaio ed ai testimonii nei termini dell'art.902 delle leggi civili. È questa poi ben necessaria, perchè altrimenti, come potrebbe assicurarsi *l'identità* della carta se non col riceversi dalle mani del testatore? E se questa *presentazione* mancasse, potrebbe mai essetvi certezza, che sia medesimamente quella che contiene la volontà del testatore? Non c' illudiamo: *l' identità* sorge unicamente dalla presentazione dello scritto; *l'autenticità* dalla dichiarazione del testatore, che quello scritto è il suo testamento; e *l' integrità* dalla chiusu-

notaio, in presenza di sei testimoni almeno, o che lo faccia chiudere e sigillare in loro presenza; medesimo art. 976 c. c. = *902 ll. cc.*

126. 4.° Che nel presentarlo dichiari che il contenuto in quella carta è il suo testamento scritto e sottoscritto da lui, o scritto da un altro e da lui sottoscritto; *ibid.*

Non è duopo nominare chi ha scritto il testamento, mentre la legge non lo prescrive.

Ed il testamento nettampocò sarebbe nullo quando pure fosse scritto da uno de' testimoni chiamati all'atto di soprascrizione, o anche dal notaio che distende tale atto (1): è questo un amichevole officio. Altronde il notaio non potrebbe ancora affermare che appunto quanto egli ha scritto gli è stato di poi presentato come testamento mistico per distenderne l'atto di soprascrizione. Esso nettampoco sarebbe nullo quantunque fosse stato scritto

ra e soprascrizione suggellata. Se la *presentazione* mancasse, noi non troveremmo più l'*identità*, la medesimezza dello scritto, ch'è una delle qualità primordiali per dirsi valido un testamento mistico. In vero se per poco potesse dubitarsi che la carta racchiusa nell'atto di soprascrizione non fosse quella del testatore, come potrebbe sostenersi e l'*autenticità* e l'*integrità* del testamento? Il dubbio sulla *identità* è dunque sì operativo, che sparge ancora gravi sospetti sulle altre qualità essenziali alla validità del testamento. Per tali motivi la dichiarazione della *presentazione* viene imperiosamente ordinata dalla legge, e la mancanza di questa dichiarazione porta seco la nullità del testamento. Trad.

(1) Decisione della Corte di Nimes del 21 febbraio 1821; *Sirey*, 21, 2, 274. Nella specie il notaio che avea scritto il testamento, e che avea di poi rogato l'atto di soprascrizione, era anche istituito legatario in questo testamento.

da uno de' legatarii: la legge attuale non lo vieta; e non essendosi spiegata, non ha serbato in questo punto l' antica giurisprudenza, la quale dichiarava nullo ogni legato fatto per testamento mistico in favore di chi avea scritto il testamento, tranne espressa approvazione scritta di pugno del testatore.

127. 5.° Che il notaio scriva il processo verbale di queste operazioni che chiamasi *atto di soprascrizione* (a) sulla carta medesima del testamento, ovvero sul foglio che serve d' involto; *ibid.*

Ma la legge non richiede, sotto pena di nullità, la menzione d' essersi scritto dal notaio l' atto di soprascrizione, come richiede quella d'essersi scritto il testamento dal notaio o da uno de'notai quando si tratti del testamento per atto pubblico: donde puossi conchiudere che non è di rigore doversi scrivere l' atto di soprascrizione dal notaio medesimo; che questo atto sarebbe validamente scritto da un aiutante del notaio, o da altri.

L'art. 976 c. c. = *902 ll. cc.* dice, egli è vero, che il notaio *stenderà* l' atto di soprascrizione: *stendere* peraltro un atto non è necessariamente *scriverlo* di proprio pugno; ma bensì compilarlo o presedere alla sua compilazione: per lo che la legge del 25 ventoso anno XI, la quale esige certamente che i notai *stendano* gli atti da essi rogati, tuttavolta

---

(a) Col sovrano Rescritto de' 16 febbraio 1828, in conformità dell' avviso della Consulta generale del regno, si dichiarò che per gli atti di soprascrizione de' testamenti mistici si debbano osservare le medesime regole, che sono in vigore per la formazione degli altri atti notariali. Trad.

non impone loro di scriverli eglino stessi. Altronde avvi una evidente ragione di differenza dal testamento per atto pubblico, ed è che l'atto di soprascrizione non contiene alcuna disposizione; non è desso il testamento.

128. 6.° Bisogna che l'atto di soprascrizione sia firmato dal notaio, dal testatore e dai testimoni (*ibid.*); e nel caso che il testatore, per un impedimento sopraggiunto dopo di aver sottoscritto il testamento, non potesse sottoscrivere l'atto di soprascrizione, si dovrà esprimere la dichiarazione che egli ne farà, senza che sia necessario in questo caso di accrescere il numero de' testimoni; *ibid.*

129. 7.° Che tutte le operazioni, dopo e compresavi la presentazione al notaio, sieno fatte in continuazione e senza deviare ad altri atti; *ibid.*

È questa l'unità di contesto, e che deve intendersi nel senso che non solo l'atto di soprascrizione non dev' essere interrotto per fare un altro atto, ma eziandio che ogni cosa dev' esser fatta in continuazione, senza intervallo, almeno senza notabile intervallo.

130. Del resto la menzione di essersi fatto tutto ciò senza interruzione e non deviando ad altri atti, non è richiesta in modo speciale: basta che l'unità di contesto risulti dal complesso delle parole dell'atto di soprascrizione. Dicasi lo stesso di tutte le altre formalità prescritte dal sovraccennato art. 976, salvo per ciò che riguarda il caso in cui il testatore non abbia potuto firmare l'atto di sopra-

scrizione per effetto di un impedimento sopraggiunto dopo di aver sottoscritto le sue disposizioni, e nel quale deve menzionarsi la sua dichiarazione a tal riguardo. Ma, precisamente, poichè il legislatore prescrisse siffatta menzione in questo medesimo caso, e non prescrisse che quella, bisogna conchiuderne di non aver creduto le altre ugualmente necessarie; e siccome non è dato ai giudici estendere le disposizioni della legge, e siccome soprattutto appartiene alla sola legge lo stabilire le nullità, devesi in fatti ritenere colla Corte di Aix, e quindi colla Corte di cassazione (1), la quale rigettò il ricorso prodotto avverso la decisione profferita da quella prima Corte, che la mancanza di menzione di queste diverse formalità, salvo quella che è espressamente prescritta, non produce la nullità del testamento, purchè dal contesto dell' atto di soprascrizione risulti altronde d'essere state osservate.

La stessa Corte di cassazione avea nondimeno giudicato precedentemente (2), con arresto di rigetto, che non era bastante la menzione della dichiarazione del testatore al notaio ed ai testimoni, che il *contenuto nel presente foglio di carta* (il quale serve d' involto) *è il suo testamento*; che sarebbe bisognato che la menzione contenesse puranche la dichiarazione del testatore, la carta da lui presentata essere il suo testamento *da lui scritto e*

(1) Arresto del dì 8 febbraio 1820; *Sirey*, 20, 1, 191.
(2) Nel 28 dicembre 1812; *Sirey*, 13, 1, 369.

sottoscritto, *o scritto da un altro e da lui sottoscritto.*

Non sapremmo uniformarci a siffatta decisione, e ci sembra preferibile la prima, la quale del resto è assai ben motivata; imperocchè l'art. 976 c. c. = *902 ll. cc.* non prescrive tali menzioni sotto pena di nullità, come gli art. 972 e 973 c. c. = *897 899 ll. cc.* combinati coll' art. 1001 c. c. = *927 ll. cc.*, prescrivono sotto questa pena, quelle delle formalità il cui adempimento richiedono. Indubitatamente bisogna pure che le formalità prescritte da siffatto art. 976 sieno con puntualità osservate, ma la pruova della loro osservanza può benissimo risultare dal complesso e dal contesto dell'atto di soprascrizione; e bisogna, ripetiamolo, che il legislatore l' abbia così creduto, poichè in esso art. 976 non ha prescritto queste menzioni, tranne la sola di cui abbiamo parlato.

La Corte di Douai eziandio giudicò (1) che, sebbene non sia detto dal Codice che la presentazione di un testamento mistico al notaio da parte del testatore *in presenza de'testimoni* debb'essere *menzionata* sotto pena di nullità, avvi nondimeno nullità se la presentazione al notaio in presenza de'testimoni non risulti *dal contesto dell' atto di soprascrizione*. Ma questa risoluzione non è contraria alla nostra, e noi l' abbracciamo pure; imperocchè bisogna in fatti che risulti dallo stesso atto di soprascrizione, di essere state osservate le

(1) Nel 7 agosto 1810; *Sirey*, 1810, 2, 353.

formalità prescritte: non può essere desunta altrove la pruova; ma la *menzione* di queste medesime formalità è una formalità particolare che il Codice non prescrive.

131. Ciò pel caso in cui il testamento sia scritto e sottoscritto dal testatore, o scritto da un altro e da lui sottoscritto; ma se egli non sapeva o non poteva firmare quando fece scrivere le sue disposizioni, dev' essere richiesto per l'atto di soprascrizione un settimo testimone, il quale deve sottoscrivere questo atto cogli altri testimoni, e bisogna esprimere il motivo per cui sia stato esso richiesto; art. 977 c. c. = *903 ll. cc.*

132. In caso che il testatore sia impedito di parlare, ma non di scrivere, può far eziandio un testamento mistico, a condizione che il testamento sarà per intero scritto, datato e sottoscritto di suo pugno, che lo presenterà al notaio ed ai testimoni, e che al principio dell'atto di soprascrizione scriverà in loro presenza che la carta da lui presentata è il suo testamento: dopo di che il notaio scrive l' atto di soprascrizione, nel quale deve esprimersi che il testatore ha scritto queste parole in presenza del notaio e de' testimoni, e del rimanente deve osservarsi tutto ciò che è ordinato dall' art. 976 c. c. = *902 ll. cc.*; art. 979 c. c. = *905 ll. cc.*

Poichè, nel caso in cui il testatore non sia impedito di parlare, potè fare scrivere le sue disposizioni da un altro, e secondo il detto art.

976 nettampoco era obbligato a datarle, non vedesi realmente perchè, quando non possa parlare, richiedesi che le abbia scritte egli stesso, e che sieno datate; imperocchè scrivendo in presenza del notaio e de' testimoni la carta che loro presenta essere il suo testamento scritto da un altro e da lui sottoscritto, datato o pur no, poco importa, avrebbe dato con ciò la stessa certezza che con una dichiarazione verbale, la quale basta, ripetiamolo, nel caso pure di un testamento non datato, secondo ciò che di sopra si è detto, e secondo quello che fu dalla Corte suprema giudicato col riferito arresto; che basta del pari nel caso in cui il testamento sia scritto da un terzo e sottoscritto dal testatore; che anzi nel caso ancora in cui non sia nè scritto e neanche sottoscritto da lui, richiedendosi soltanto in questo caso un settimo testimone all' atto di soprascrizione, coll'esprimersi la causa per cui fu chiamato; art. 977 c. c. = *903 ll. cc.* Ma tale è la legge; e nella ipotesi di cui si tratta, il testamento sarebbe nullo se tutte le condizioni prescritte da questo art. 979 c. c. = *905 ll. cc.* non fossero rigorosamente adempite: la dichiarazione del testatore, benchè scritta in presenza del notaio e de' testimoni, con menzione speciale, fu giudicata, a quel che pare, ma ignorasi realmente perchè, di offrire minor certezza di una dichiarazione verbale, di cui la legge non richiede anche una menzione speciale.

133. A coloro che non sanno o non possono leggere non è permesso di fare veruna disposizione in for-

ma di testamento mistico; art. 978 c. c. = *904 ll. cc.*

134. E siccome coloro che non sanno o non possono leggere, non possono similmente scrivere, nè tampoco far possono un testamento olografo; talchè al muto o al sordo che si trovi in questo caso non è lecito in alcun modo di testare; mentre chi è assolutamente privo dell' uso della parola non può dettare un testamento per atto pubblico, e chi è assolutamente sordo non potrebbe udirne la lettura, le quali due condizioni essenzialmente richieggonsi dall' art. 972 c. c. = *897 ll. cc.*

135. Non basterebbe di saper leggere i caratteri stampati per poter testare in forma mistica, ma bisogna saper leggere quelli a mano: appunto di questi ultimi qui si tratta.

136. Chi è privo dell' uso della vista non potendo leggere, non può in conseguenza testare in questa forma, nè in forma olografa; ma l' indebolimento della vista non è la cecità, e se il testatore possa leggere per mezzo di una lente, ciò basta, benchè non potesse leggere che a poco a poco ed anche a stento. È questo del rimanente un punto di fatto che i tribunali giudicherebbero come tale secondo gli elementi della causa; talmentechè:

In primo luogo coloro i quali impugnassero il testamento non sarebbero obbligati a tentar la via di falso per provare l' impotenza di leggere nella quale era il testatore allorchè fece scrivere le sue

disposizioni: non è questo un fatto autenticamente certificato da un pubblico ufiziale.

Ma in secondo luogo i tribunali potrebbero anche rigettar la dimanda tendente a provare quest' assertiva, se dalle circostanze e dai diversi elementi della causa risultassero motivi bastanti a convincerli che il testatore poteva in quel tempo leggere.

Queste due proposizioni si trovano confermate nei seguenti termini dall'arresto del 8 febbraio 1820, sopraccitato per altro riguardo: « La Corte sul primo « mezzo, attesochè la Corte reale (di Aix) non « ha dichiarato inammessibile in dritto la pruova « di cecità ed impotenza assoluta di leggere; che « si è limitata a rigettare l' offerta fatta di questa « pruova, perchè l' è stata dimostrata, mediante il « concorso ed il complesso de'fatti che essa rileva, e « *la cui valutazione le spettava, al pari di* « *quella de' fatti che potevano rendere frustanea* « *la pruova offerta*, che il testatore non avea « cessato di vedere e di poter leggere all' istante « del testamento e dell'atto di soprascrizione, ed « anche il dì appresso; che in ciò la Corte reale non « ha potuto violare alcuna legge, ec. »

137. L'atto di soprascrizione del testamento mistico dev' essere datato come gli altri atti autentici, e conviene osservarvi tutte le altre formalità prescritte dalla legge del 25 ventoso anno XI, sotto pena di nullità di questo atto.

138. Se il testamento che si è voluto rivestire

dalla forma mistica sia nullo per un vizio nell'atto di soprascrizione, o per inosservanza di una disposizione prescritta dalla legge di ventoso sotto pena di nullità, a cagion d' esempio per l' incompetenza del notaio o per la sua parentela col testatore, ovvero a motivo dell' incapacità di un testimone, o infine per qualche altra causa, questo testamento non sarà per ciò nullo se sia scritto per intero, datato e sottoscritto di pugno del testatore, ma varrà come olografo. E perchè in fatti avverrebbe mai diversamente? esso forse non riunisce ancora tuttociò che la legge richiede pe' testamenti di questa specie? qual plausibile motivo di non riconoscere la regola di ragione come di dritto, *utile per inutile non vitiatur*? La Corte di Aix giudicò in questo senso nel 18 gennaio 1800 (1), al pari di quella di Agen, la cui decisione fu confermata dalla Corte suprema nel 6 gennaio 1814 (2); e tale è l' opinione comune, specialmente quella di Voet, di Furgole, di Merlin e Delvincourt.

Nondimeno Ricard (3) era di contrario avviso, ma il suo parere trovavasi presso a poco isolato. Le ragioni sulle quali egli si basava sono altronde talmente prive di solidità, che è sorprendente di aver potuto far impressione sull'animo di un giureconsulto così giudizioso, ed arreca non minor meravi-

(1) *Sirey*, 10, 2, 520.

(2) *Sirey*, 14, 1, 217. *V.* pure la decisione della Corte di Poitiers del 28 maggio 1825; *Sirey*, 25, 2, 259.

(3) *Delle donazioni*, parte 1.ª, n.º 1610 e seguenti.

glia la contraddizione di regole nella quale cadde egli stesso a tal riguardo. A dir suo, « avendo « il testatore espressa la volontà di fare il suo te- « stamento in forma più solenne, reputasi non aver « divisato di affidare la sua volontà in una forma « più comune e meno sicura; e quindi non tro- « vandosi perfetta nel modo da lui scelto, l' atto « ch' è stato formato non è bastante a far fede « delle sue intenzioni. »

Ma precedentemente (nel n.° 548 della stessa parte) esaminando la quistione se quando il testatore abbia riconosciuto innanzi notaio il suo testamento olografo, a fin di dargli il requisito di atto autentico, l' incapacità del notaio debba viziare questo testamento, Ricard medesimo si dichiara per la negativa; « Attesochè, egli dice, il testamento e la « ricognizione son due atti separati, che possono « sussistere l' uno senza dell'altro, talchè la man- « canza che si rinvenga in uno non può pregiu- « dicar l' altro, che è rimasto perfezionato in tutte « le sue forme. »

Ma chi non vede all' istante di essere assolutamente così di un testamento olografo perfetto che il testatore abbia di poi voluto far rivestire della forma mistica?

È altronde, come benissimo osserva Delvincourt, un puro sofismo il dire, come lo fa Ricard, che il testatore, dando la forma mistica al suo testamento, abbia inteso farne dipendere la validità dalla validità dell' atto che fece distendere a tal uo-

po (a). Egli volle al contrario assicurarne di più l'esecuzione, imprimendogli forme atte a garantirlo dai pericoli ai quali sono esposti i testamenti olografi: *Non credendus est*, dice il giureconsulto Ulpiano nella legge 3, ff. *de testam. militis*, sopra un caso analogo, *genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia; sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.*

In fine il Codice nell' art. 1318 c. c.=*1272 ll. cc.*, stabilisce espressamente la regola *utile per inutile non vitiatur*, dichiarando che l'atto nullo come atto autentico, per incompetenza o incapacità del pubblico ufiziale da cui è stato ricevuto o per un difetto di forma, vale come privata scrittura quando sia stato sottoscritto dalle parti. Or l'atto di cui trattasi valer può come privata scrittura, o in altri termini come testamento olografo, essendo, secondo si suppone, scritto per intero, datato e sottoscritto di pugno del testatore.

139. I testimoni scelti pel testamento mistico debbono essere; come quelli che sono chiamati nei testamenti per atto pubblico, maschi, maggiori di età, sudditi del Re e godere de' dritti civili (art. 980 c. c.=*906 ll. cc.*), e non essere nè ciechi, nè sordi. Bisogna dunque riferirsi a ciocchè si disse più sopra a tal riguardo.

(a) Con arresto della nostra Suprema corte di giustizia, de' 3 aprile 1823, nella causa tra *Carafa* e *Valente*, si decise che il testamento mistico nullo non può dichiararsi valido come olografo, abbenchè ne abbia le caratteristiche. Trad.

140. Ma non sarebbe applicabile a' testamenti mistici la disposizione dell'art. 975 c. c. = *901 ll. cc.* che non permette di scegliere per testimoni del testamento *per atto pubblico*, i legatarii, nè i loro parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente. Questi testimoni non conoscono le disposizioni contenute nel testamento: quindi l'ordinanza del 1735 (art. 43) gli ammetteva espressamente come testimoni in tal sorta di testamento, e combinando insieme le diverse disposizioni del Codice, non vi è il più lieve dubbio a tal riguardo. Imperocchè l'art. 980 c. c. = *906 ll. cc.*, che esprime le qualità comuni de'testimoni chiamati nei diversi testamenti rogati nei casi ordinarii, è posto in fine della sezione, dopo tutti quelli che trattano de'testamenti, sia per atto pubblico, sia mistici, mentrechè l'art. 975 c. c. = *901 ll. cc.* spiegasi soltanto sui testimoni chiamati nei testamenti per atto pubblico.

141. Circa agli aiutanti del notaio da cui è ricevuto l'atto di soprascrizione, ed anche circa ai suoi servi, la cosa è diversa: la legge del 25 ventoso rigettando indistintamente la loro testimonianza, ed essendo l'atto di soprascrizione un atto pubblico, è chiaro che essi non potrebbero esser testimoni in questo atto. Dicasi lo stesso de' parenti o affini del notaio in linea retta all'infinito, ed in linea trasversale sino al grado di zio o di nipote inclusivamente.

142. Se per escludere i legatarii come testimoni

dall'atto di soprascrizione, si dicesse che questo atto ed il testamento formano un atto indivisibile, e perciò che siccome essi non potrebbero far testimonianza nel testamento per atto pubblico, così non debbono poterlo fare nel testamento mistico; si risponderebbe, 1.° che questa indivisibilità non è essenziale al testamento, poichè, come si è pocanzi dimostrato, se fosse scritto per intero, datato e sottoscritto di pugno del testatore, sarebbe valido come testamento olografo, benchè l'atto di soprascrizione fosse nullo; 2.° il testamento e l'atto di soprascrizione al contrario sono due atti distinti, divisibili: il primo non richiede alcuna testimonianza, ed è quello che contiene da sè solo le disposizioni; donde segue che i legatarii possono essere testimoni nel secondo, il quale non conferisce loro cosa alcuna, ma ch'è soltanto destinato ad assicurar la conservazione di queste medesime disposizioni. Ecco perchè, giusta l'ordinanza del 1735, i legatarii, anche universali, potevano essere testimoni ne' testamenti mistici, mentrechè non lo potevano negli altri.

143. Che anzi, il legato fatto al notaio il quale distende l'atto di soprascrizione non vizierebbe il testamento, ed il legato sarebbe valido per sè stesso, ancorchè il testamento non potesse valere che come testamento mistico, non essendo scritto per intero, datato e sottoscritto di pugno del testatore, perciocchè il notaio con l'atto di soprascrizione non attesta cosa alcuna che personalmente lo riguardi,

ma attesta soltanto di esserglisi presentata una carta che gli si è detto essere un testamento, ec.; ed appunto a questa dichiarazione ha egli dato l'autenticità con l'atto che ha disteso a tal uopo. Ma questa dichiarazione non è il testamento stesso(1).

144. Ma d'altra banda, l' art. 974 c. c. = *900 ll. cc.*, secondo cui basta nelle campagne che la metà de' testimoni sottoscriva, è stato più volte giudicato (2) non essere applicabile agli atti di soprascrizione de' testamenti mistici. Bisogna che tutti firmino: la menzione che il tale o tal altro fra essi non abbia potuto farlo, non equivale alla firma, giacchè l' art. 976 c. c. = *902 ll. cc.* richiede questa firma in modo assoluto, senza restrizione o limitazione. Dicasi quanto si vorrà la ragione esser la stessa che pei testamenti per atto pubblico, di aver anche un grado maggiore di forza, poichè il numero de' testimoni richiesti è assai più considerevole, ed in conseguenza dev'essere generalmente più difficile, soprattutto nelle campagne (a), di potersene procurare un numero bastante, che sappiano scrivere ed abbiano altronde tutte le condizioni richieste: questi ragionamenti saranno veri, ma nulladimeno non potrebbero essi prevalere

(1) Così giudicato dalla Corte di Nimes nel 21 febbraio 1821; *Sirey*, 21, 2, 274. Nella specie il notaio aveva anche scritto il testamento olografo, come più sopra abbiamo detto.

(2) *V.* in ispecie la decisione della Corte di Bordò del 12 aprile 1808, ed indi l' arresto della Corte di cassazione, che rigettò il ricorso, del 20 luglio 1809; *Sirey*, 9, 1, 370.

(*a*) Veggasi l' antecedente nota al n.° 102 Trad.

contra il testo positivo dalla legge. Tutto è di rigore in tale materia. Puossi senza dubbio desiderare un miglioramento nella legge intorno a siffatto punto, ma finchè essa sussisterà com' è, bisogna uniformarsi alle sue disposizioni: or esse sono positive.

145. Qual'è mai la natura del testamento mistico? Regolare nella forma, è un atto autentico nel senso che la non ricognizione della firma del testatore non autorizza il magistrato ad ordinare di verificarsi il carattere, ed a sospendere l' esecuzione dell' atto, e molto meno porre a carico di coloro che invocano il testamento, l' obbligo di provare, come nel testamento olografo, che la firma sia quella del defunto cui viene attribuita. La Corte di Brusselles giudicò in questo senso colla sua decisione del 23 marzo 1811 (1), e crediamo ragionevolmente; imperocchè la dichiarazione del testatore nell' atto di soprascrizione imprime in qualche modo il requisito dell' autenticità alla scrittura privata di cui si compone il testamento, come se il notaio avesse veduto il testatore scrivere sotto i suoi occhi. Se non fosse così, perchè mai l' atto sarebbe riguardato come testamento nel caso in cui non sia scritto dal testatore; che anzi nel caso pure in cui non sia nè scritto, nè sottoscritto da lui? In materia anche d' ipoteche, le quali tuttavolta non possono essere stabilite che con un atto stipulato

(1) *Sirey* 12, 2, 94.

in forma autentica innanzi a due notai, o innanzi ad un notaio e due testimoni (art. 2127 c. c.=*2013 ll. cc.*), la giurisprudenza ha come valida l'ipoteca convenuta in iscrittura privata, mediante il deposito fatto dal debitore appresso un notaio, dell'atto contenente consenso: l'atto di deposito disteso analogamente fa partecipare della sua autenticità l'atto privato, e rende valida la convenzione d'ipoteca. Tanto fu giudicato dalla Corte di Caen, ed indi dalla Corte di cassazione, confermando la sua decisione, con arresto del dì 11 luglio 1815 (1). Or le ragioni sono almeno le stesse per ciò che riguarda il testamento mistico.

SEZIONE IV.

Delle regole particolari sulla forma di taluni testamenti.

SOMMARIO.

146. *In quattro circostanze puossi testare secondo forme diverse da quelle prescritte pei casi ordinarii. Divisione della sezione.*

§. I.

Del testamento militare.

147. *Persone che posson fare un testamento* jure militari.
148. *Da chi possa essere ricevuto il testamento, e de' testimoni.*
149. *Delle sottoscrizioni.*

---

(1) *Sirey*, 15, 1, 336. *V.* pure quanto dicemmo a tal riguardo nel tomo III. n.i 217 e 218.

150. *Le menzioni di essersi osservate le formalità non sono prescritte sotto pena di nullità.*

151. *Quali qualità debbano avere i testimoni.*

152. *In quali circostanze soltanto possa farsi un testamento militare.*

153. *Quando questo testamento cessi di avere effetto.*

154. *Il Francese fatto prigioniero da' pirati non può testare* jure militari.

155. *Espedienti da adoperarsi per preservare il testamento dai pericoli della guerra.*

§. II.

Del testamento fatto durante una malattia contagiosa.

156. *Da chi possano riceversi i testamenti fatti nei luoghi coi quali sono interrotte le comunicazioni a motivo della peste o altra malattia contagiosa.*

157. *Delle firme e delle menzioni.*

158. *Quando questi testamenti divengono essi nulli?*

§. III.

Del testamento fatto durante un viaggio marittimo.

159. *Quali sieno le persone che possono far testamento in mare, e quando il testamento si reputi fatto in mare.*

160 *L' ordinanza della* marina *autorizzava il cancelliere del consolato a ricevere il testamento quando il legno era approdato in una terra straniera : Il Codice tace a tal riguardo.*

161. *Da chi possa riceversi il testamento fatto sopra mare durante il corso del viaggio.*

162. *Continuazione.*

163. *Firma e menzioni.*

164. *Vien fatto un doppio originale del testamento.*

165. *Espedienti da praticarsi quando il bastimento approdi in un porto straniero in cui si trovi un console di Francia.*

166. *Espedienti da praticarsi quando il bastimento arrivi in Francia.*

167. *Il testamento non può contenere disposizioni a favore de-*

gli uficiali del bastimento, ammenochè non sieno parenti del testatore.

168. *In diverso caso il testamento sarebbe nullo per intèro.*

169. *Esso ha effetto sol quante volte il testatore sia morto in mare o fra tre mesi da che sbarcò ed in un luogo in cui poteva usare le forme ordinarie.*

§. IV.

Del testamento fatto da un Francese in paese straniero.

170. *Il Francese può testare in paese straniero, o nella forma olografa, o per atto autentico con le forme solite ad usarsi nel paese.*

171. *Dubbio che fece cessare il Codice, per riguardo al testamento olografo, quando un Francese domiciliato in un paese in cui era ammesso questo testamento, aveva testato in un luogo in cui non lo era.*

172. *Mezzi da adoprarsi per porre in esecuzione in Francia il testamento fatto in paese straniero.*

146. Le particolari circostanze in cui trovar si può chi volesse testare, indussero il legislatore ad allontanarsi dalle regole generali da lui prescritte pe' testamenti, ed a stabilirne speciali: Queste circostanze sono quattro:

1.° Il servizio militare;

2.° Una malattia contagiosa;

3.° Un viaggio marittimo;

4.° Ed il soggiorno o un viaggio in paese straniero.

Tratteremo di ciascuno di questi casi in particolare.

§. I.

Del testamento militare.

147. Il testamento militare è quello che vien fatto da un militare in attività di servizio, o da un impiegato nelle armate: come i chirurgi, i loro aiutanti, i fornitori, le persone addette agli ufiziali, e talune altre. L'ordinanza del 1735 (art. 31) accordava il dritto di testare militarmente anche « a « quelli i quali non essendo nè ufiziali, nè impie- « gati nelle truppe, si trovavano al seguito del- « l'armata o presso il nemico, sia a motivo del « loro impiego o funzione, sia pel servizio che ren- « devano agli ufiziali, sia in occasione della forni- « tura de' viveri e munizioni ». Appunto in questo spirito i compilatori del Codice nell' art. 981 c. c. = *907 ll. cc.* fecero uso delle espressioni *persone impiegate presso le armate.*

148. Il testamento può essere ricevuto:

O da un ufiziale che abbia almeno il grado di capo battaglione o squadrone, in presenza di due testimoni:

O da due sotto intendenti militari, i quali, giusta l' ordinanza del 29 luglio 1817 (1), sono subentrati a' commissarii di guerra, di cui parlava il Codice, e senza testimoni;

O da uno di questi sottointendenti, in presenza di due testimoni: medesimo art. 981;

(1) Bullet, 2822, art. 9.

O infine, se il testatore sia ammalato o ferito, dall' uffiziale in capo di sanità, assistito dal comandante militare incaricato della polizia dello spedale; art. 982 c. c. = *908 ll. cc.*

149. In tutti i casi il testamento dev'essere sottoscritto dal testatore, o deve farsi menzione della sua dichiarazione a tal riguardo, nonchè della causa che lo impedisce di sottoscrivere; art. 998 c. c. = *924 ll. cc.*

Dev' essere sottoscritto pure da coloro che lo hanno ricevuto; *ibid.*

E nel caso in cui si richiegga la presenza di due testimoni, il testamento dev' essere sottoscritto almeno da uno di loro, e si deve far menzione della causa per cui l'altro non avrà sottoscritto; *ibid.*

150. Ma non è di rigore far menzione di queste diverse firme: non puossi applicare la legge *sul notariato*, giacchè questo testamento non è un atto notariale.

Nettampoco è di rigore il menzionare espressamente l' osservanza delle altre formalità prescritte per questa specie di testamenti, come il vuole l'art. 972 c. c. = *897 ll. cc.* per quelle che riguardano il testamento per atto pubblico fatto nei casi ordinarii: basta che tali formalità siensi osservate, e che ciò risulti dal complesso dell' atto.

Così, per esempio, non è di rigore il menzionare con ispecialità di essersi ricevuto il testamento da un capo battaglione in presenza di due testimonii; essersi dettato dal testatore a questo capo batta-

glione, in presenza di due testimoni; essere stato scritto da questo ufiziale; essersene data lettura al testatore in presenza di testimoni, ec. Benchè tali diverse menzioni sieno al certo utilissime per allontanare ogni incertezza, e benchè per siffatto riguardo non si potrebbero raccomandare abbastanza alle persone che ricevono il testamento di cui trattasi, tuttavolta non sono di rigore, giacchè la legge non le prescrive sotto pena di nullità.

Essa neanche impone che il testamento sia scritto da colui o da uno di coloro che lo *ricevono*, e ne' casi ordinarii un atto non è men *ricevuto* da un pubblico ufiziale, *puta* da un notaio, benchè sia scritto da un altro, per esempio da un aiutante. In somma, in quanto ai testamenti di cui trattasi in questa sezione del Codice, bisogna attenersi unicamente alle regole particolari che vi sono esposte. L' art. 88 c. c. = *93 ll. cc.*, nel titolo *degli Atti dello stato civile*, dichiara espressamente che gli atti dello stato civile fuori del territorio del regno, risguardanti militari o altre persone impiegate al seguito delle armate, saranno stesi *nelle forme prescritte dalle precedenti disposizioni* (cioè dalle disposizioni del dritto comune); *salve le modificazioni contenute ne' seguenti articoli*; e nel titolo *delle donazioni e de' testamenti* non dicesi che i testamenti militari ed altri fatti in circostanze particolari, sono sottoposti alle regole generali, salvo le eccezioni che vi concernono; ma al contrario si sono stabilite a loro riguardo regole

particolari, che in conseguenza rendono non applicabili a questi testamenti le regole generali; salvo per rispetto al testamento olografo, fatto in paese straniero, il quale è sottoposto alle medesime formalità che se fosse stato fatto in Francia.

151. Secondo l' istruzione del ministro della guerra, del 24 nebbioso anno XII, i testimoni chiamati nei testamenti militari debbono esser maschi, maggiori di età, e non commessi o delegati di chi riceve il testamento.

152. Il dritto di testare secondo le suddette disposizioni ha luogo soltanto in favore:

1.° Di coloro che si trovano fuori del territorio francese, sia in ispedizione militare, sia in quartiere o in guarnigione;

2.° A beneficiò di quelli che son prigionieri appresso il nemico, non importa il luogo, anche in una piazza del territorio francese in potere del nemico;

E 3.° a favore di quelli i quali nell' interno si trovano in una piazza assediata, o in una cittadella o altri luoghi le cui porte fossero chiuse o le comunicazioni interrotte a motivo della guerra.

Talmentechè coloro i quali sono in quartiere o in guarnigione nell' interno, non possono godere del privilegio; art. 983 c. c. = *909 ll. cc.* esaminato.

153 Siccome questo privilegio non è concesso che in considerazione dell' impossibilità di testare secondo le regole ordinarie, il testamento fatto se-

condo la forma sopra stabilita divien nullo sei mesi dopo che il testatore è ritornato in un luogo in cui abbia potuto adoperare queste medesime regole; art. 984 c. c. = *910 ll. cc.*

Nondimeno se prima di trascorrere questi sei mesi, il testatore fosse stato obbligato di trasferirsi in un luogo in cui avrebbe avuto dritto di testare *jure militari*, il suo testamento non sarebbe stato annullato. La legge 38, §. 1, *de testam. milit.* così lo dichiarava, e la sua disposizione, troppo ragionevole, dovrebbe osservarsi appresso noi.

154. Il Francese fatto prigioniero e ridotto in cattività da pirati o corsari non potrebbe testare *jure militari*, ma soltanto nella forma olografa, o nelle forme solite ad usarsi nel paese in cui fosse ritenuto prigioniero, uniformemente all'art. 999 c. c. = *925 ll. cc.* Avverrebbe diversamente del Francese prigioniere in una guerra fatta alla potenza cui appartenessero questi pirati, per esempio agli Algerini.

155. Il Codice non prescrive alcuna misura conservatoria per questo testamento, come lo fa pel testamento marittimo; ma è utile che l'ufiziale che lo ha ricevuto lo faccia al più presto pervenire al ministro della guerra, a fin di esimerlo ai pericoli degli avvenimenti militari.

Chi ha ricevuto il testamento ha al certo qualità per darne copia, ma gli eredi cui è dimandato il rilascio de' beni possono richiedere l' esibizione dell' originale, in virtù dell' art. 1334 c. c. = *1288 ll. cc.*: lo che può produrre lentezze e diffi-

coltà, che si preverrebbero in gran parte col deposito del testamento nel ministero della guerra.

§. II.

Del testamento fatto durante una malattia contagiosa.

156. Coloro che trovansi in un luogo col quale è interrotta ogni comunicazione a motivo della peste o di altra malattia contagiosa, quando anche non ne fossero assaliti, posson far testamento innanzi al giudice di pace, o innanzi ad uno degli ufiziali municipali del comune, in presenza di due testimoni; art. 985 e 986 c. c. = *911 e 912 ll. cc.*

157. Le sottoscrizioni, come nel caso del testamento militare; art. 998 c. c. = *924 ll. cc.*

E ciocchè abbiam detto per riguardo alle menzioni nel testamento militare, si applica pure al testamento fatto in tempo di peste.

158. I testamenti di cui si tratta divengono nulli sei mesi dopo che le comunicazioni sono state riaperte nel luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei mesi dopo che questi si sia trasferito in un luogo in cui non sieno state interrotte; art. 987 c. c. = *913 ll. cc.*

§ III.

Del testamento fatto durante un viaggio marittimo.

159. Il terzo caso di eccezione è quello del testamento fatto sul mare, nel corso di un viaggio, o da un membro dell'equipaggio, chiunque si sia, o anche da un semplice passaggiero; art. 988 e 995 c. c. = *914 e 921 ll. cc.* Le truppe di trasporto o imbarcate per una spedizione godono del privilegio.

Perchè tale privilegio abbia effetto, vi è bisogno del concorso di queste due circostanze: che il testamento sia fatto sul mare, e che sia fatto durante il corso di un viaggio; talchè, anche dopo l'imbarco, finchè non è cominciato il viaggio, non può farsi il testamento che nelle forme ordinarie. Il testo dell'art. 988 c. c. = *914 ll. cc.* non lascia alcun dubbio a tale riguardo, mentre dispone in espresso modo: « I testamenti fatti *sul mare nel cor-* « *so di un viaggio*, ec., ».

Nè tampoco vi sarebbe luogo al privilegio, abbenchè il testamento fosse stato fatto durante il corso del viaggio, se all' epoca in cui fu fatto, il bastimento era approdato o in una terra di dominio francese dove eravi un ufiziale pubblico francese, o in una terra straniera. Nel primo caso il testamento dovrà essere rivestito delle forme ordi-

Ed a bordo de' bastimenti di commercio, dallo scrivano della nave, o da chi ne fa le veci, l'uno o l'altro unitamente al capitano proprietario o padrone, o, in mancanza di costoro, a chi ne fa le veci.

In tutti i casi questi testamenti debbono riceversi alla presenza di due testimoni; art. 988 c. c. = *914 ll. cc.*

162. Sui bastimenti del Re, il testamento del capitano o dell' ufiziale di amministrazione, e sui bastimenti di commercio, il testamento del capitano, del proprietario o padrone, o quello dello scrivano, potranno riceversi da quelli che loro succedono in ordine di servizio, uniformandosi nel resto alle disposizioni del precedente articolo; art. 989 c. c. = *915 ll. cc.*

163. E per le diverse sottoscrizioni e menzioni, come pe' testamenti militari; art. 998 c. c. = *924 ll. cc.*

164. In tutti i casi deve farsi un doppio originale de' testamenti di cui si tratta; art. 990 c. c. = *916 ll. cc.*

165. Se il bastimento approdi in un porto straniero in cui si trova un console di Francia, coloro che han ricevuto il testamento sono tenuti a depositare l' uno degli originali chiuso *e* (1) suggellato nelle mani del console, che deve farlo per-

(1) L' articolo dice chiuso *o* suggellato, ma è un errore di compilazione, come altronde si scorge dall' articolo seguente, che dice, chiuso e suggellato.

venire al ministro della marina; e questi lo fa depositare nella cancelleria del giudice di pace del luogo ove il testatore ha il domicilio; art. 991 c. c. = *917 ll. cc.*

166. Al ritorno del bastimento in Francia, sia nel porto dell' armamento, sia in qualunque altro, i due originali del testamento chiusi e suggellati, o l' uno di essi nel caso che l' altro sia stato depositato nel corso del viaggio, siccome nel precedente articolo, debbono essere consegnati all' ufizio del preposto dell' iscrizione marittima. Questo li deve trasmettere senza ritardo al ministro della marina, il quale ne ordina similmente il deposito nella cancelleria del giudice di pace del domicilio del testatore; art. 992 c. c. = *918 ll. cc.*

Devesi notare sul ruolo del bastimento, al margine del nome del testatore, la consegna eseguita degli originali del testamento, o nelle mani di un console, o all' ufizio del preposto dell' iscrizione marittima; art. 993 c. c. = *919 ll. cc.*

167. Il testamento fatto sul mare non può contenere veruna disposizione a favore degli ufiziali del legno, quando non sieno parenti del testatore (art. 997 c. c. = *923 ll. cc.*): si dovè temere la loro influenza sull' animo suo.

Ma siccome la legge non determina il grado di parentela, come lo fa nell' art. 909 c. c. = *825 ll. cc.* per riguardo ai medici, ec., e stante ciò verrebbe esso stabilito arbitrariamente, per determinare la capacità o l' incapacità di ricevere, ne con-

chiudiamo che i parenti sino al grado in cui puossi succedere possono ricevere dal testatore.

168. Nel caso in cui fosse fatta una disposizione a vantaggio di un ufiziale non parente del testatore, il testamento sarebbe nullo, come nel caso del legato fatto al notaio con un testamento per atto pubblico: la ragione è la stessa. Quindi il citato art. 997 dice che il testamento non potrà contere alcuna disposizione a favore degli ufiziali del legno, se non sieno parenti del testatore.

Per parità di motivi, dovrebbesi ugualmente dire che il testamento non può contenere alcuna disposizione a pro de' testimoni: la loro testimonianza divien nulla quante volte essi sieno gratificati.

169. Il testamento fatto sul mare, durante il corso di un viaggio, non è valido se non quando il testatore sia morto sul mare, o nei tre mesi dopo che sia disceso a terra, ed in un luogo in cui potè farlo nelle forme ordinarie (art. 996 c. c.=922 *ll. cc.*), e per conseguenza in Francia, o in una terra del dominio francese, in cui vi fosse un pubblico ufiziale francese (art. 994 c. c. = 920 *ll. cc.*); e se il testatore si fosse rimesso in mare prima di essere trascorsi i tre mesi, il testamento non sarebbe stato annullato col suo sbarco (1).

---

(1) Argom. della l. 38, §. 1, ff. *de testam. militis*, già citata.

§. IV.

Del testamento fatto dal Francese in paese straniero.

170. Come già lo abbiam detto (1), il Francese che trovasi in paese straniero può fare le sue disposizioni testamentarie in due modi: o nella forma olografa, quando anche le leggi del paese non ammettessero questa forma di testamento; ovvero con atto autentico nelle forme praticate nel paese in cui questo atto è ricevuto (art. 999 c. c. = 925 *ll. cc.*), a tenore della *regola locus regit actum.*

171. Non è dunque da porre più in quistione il punto controverso anticamente, cioè se un Francese domiciliato in una consuetudine in cui era permesso di testare nella forma olografa, potesse fare il suo testamento in questa forma in un paese in cui non veniva ammessa: il Codice tolse ogni dubbio a tal riguardo, e fece anche di più, poichè autorizza indistintamente i Francesi a testare in tal modo; mentrechè un tempo, nei paesi di dritto scritto, ed anche in molte consuetudini, non ammettevasi il testamento olografo: donde si conchiudeva che il domiciliato in questi paesi non poteva disporre in tal forma, anche de' beni che possedeva in una consuetudine in cui essa ammette-

(1) N.i 15 e 14.

vasi. Ma noi crediamo nondimeno che dopo la legge del 14 luglio 1819, possa lo straniero disporre per testamento olografo de' suoi stabili situati in Francia, quantunque le leggi del suo paese non ammettessero questo modo di testare. Gl' immobili situati in Francia son regolati dalla legge francese, e la forma degli atti si riferisce meno alla capacità personale, che alla disposizione de' beni (1).

172. L' art. 1000 c. c. = *926 ll. cc.* richiede nondimeno, e senza distinzione, che i testamenti fatti in paese straniero non possono avere esecuzione per riguardo ai beni situati in Francia, se non dopo di essere stati registrati nell' ufizio del domicilio del testatore, quando questi ne abbia conservato alcuno, ovvero nell' ufizio dell' ultimo suo domicilio noto in Francia: e quando il testamento contenesse disposizioni relative a' beni immobili ivi situati, deve pure registrarsi nell' ufizio del luogo in cui si trovano quest' immobili, senza che si possa esigere un doppio dritto.

Quest' ultima parte dell' articolo sarebbe applicabile, pei medesimi motivi, al testamento fatto dallo straniero in paese straniero, e contenente disposizione d' immobili situati in Francia, uniformemente alla legge del 14 luglio 1819, che permette allo straniero di raccogliere, succedere e *disporre* in Francia, come i Francesi.

---

(1) *V.* sopra n.° 15.

SEZIONE V.

Disposizioni comuni a tutti i testamenti.

SOMMARIO.

173. *Tutte le formalità prescritte dalla legge per ciascuna specie di testamenti debbono essere osservate sotto pena di nullità.*

174. *L' esecuzione del testamento può purgare il vizio: distinzioni da farsi a tal riguardo.*

173. Se il legislatore permise ai cittadini di disporre de' proprii beni come meglio lor piacesse, e di far così in talun modo una legge sul loro patrimonio, la cui esecuzione avesse effetto non prima della loro morte, non volle almeno sanzionar questo dritto se non quante volte quelli i quali se ne valessero adempissero puntualmente le condizioni e formalità da lui credute utili, indispensabili anche, per attestare con certezza la loro volontà a tale riguardo. Perlochè egli dichiarò coll' art. 1001 c. c. = 927 (a) *ll. cc.*, nel più assolu-

(a) Il consiglier Sarno nella camera di grazia e giustizia dell' abolito supremo Consiglio di Cancelleria osservò che nell'articolo 856 del progetto (corrispondente all' articolo 927 delle leggi civili) erasi regolarmente spiegato di non portare a nullità 1.° l' omissione della menzione espressa di essere stato il testamento scritto di carattere del notaio, quando legittimamente costi che in realtà siasi dallo stesso scritto. 2.° l' omissione di qualche solennità richiesta dal regolamento notariale cui non è annessa la pena di nullità. Soggiunse però che bisognava dichiarare in termini generali di ammettersi gli equipollenti nei testamenti pubblici in quanto all' adempimento delle forme, e che aprendosi la succes-

to e general modo, « che le formalità alle quali « sono soggetti i diversi testamenti in forza delle « disposizioni della presente e della precedente se- « zione, debbono osservarsi *sotto pena di nullità*.»

Niuna cosa è adunque lasciata ai giudici in questa materia. Se l' interpetrazione delle clausole de' testamenti è a buon dritto di lor competenza, d'altra banda tuttociò che riguarda la forma degli at-

---

sione di un individuo non domiciliato nel regno, le quistioni relativamente al modo di succedere ai beni siti nel regno si dovessero decidere secondo la legge che all'epoca dell' aperta successione viggeva nel regno, comunque per le formalità e solennità de' testamenti bisogna attenersi a quelle vigenti nel luogo ove furono formati i testamenti medesimi.

Il consiglier Magliano rispose che il conoscere se siensi o no osservate le forme de' testamenti e ordinariamente una quistione di fatto il cui adempimento può risultare dall' intero contesto del testamento. Disse che l'antica giurisprudenza della Corte di cassazione di Francia era oltremodo rigorosa, ma opinò di non doversi elevare a legge l'ammissione degli equipollenti, perchè facilmente poi se ne abuserebbe nell' applicazione, e spesso si andrebbe all' arbitrio. Soggiunse che anche secondo l' antica giurisprudenza rapportataci dal Vasquio, gli equipollenti si ammettevano per le solennità dirette ad assicurare la *certezza dell' atto*, e non mai per quelle stabilite per la *perfezione dell' atto medesimo*, che riputsvansi di rigore. Conchiuse che il legislatore permette di disporre anche pel tempo in cui non si vive, ma purchè ciò si pratichi in modo da farne conoscere la volontà, cioè con le forme prescritte, in difetto delle quali il testamento si rende nullo ed inesistente, e si favorisce la causa intestata nella quale son chiamati gli eredi del sangue.

Riguardo poi alla successione degli esteri, o delle persone domiciliate nell'estero pei beni siti nel regno, le teoriche del consiglier Sarno non ammettono alcun dubbio, derivando da noti principii di diritto.

La detta Camera di grazia e giustizia si uniformò all' avviso del consiglier Magliano. Trad.

ti è rimasto nell'impero della legge di cui essi non altro sono che gli organi. Le loro funzioni a tal riguardo si limitano a giudicare, senza debolezza e con discernimento, se questi precetti siensi tutti osservati.

174. Allorchè un testamento nullo sia stato eseguito dagli eredi, se la nullità non si scoprisse nell'atto, per esempio, perchè derivasse dall'incapacità di un testimone, possono essi ripetere i beni che indebitamente hanno rilasciato ai legatarii. La l. 2, ff. *de condict. indebiti* ne contiene la espressa sanzione per casi in cui il testamento era nullo in ragione di cause analoghe, e Voet (1) il dichiara positivamente, qualunque si fosse il motivo della nullità dell'atto testamentario.

Ma se la nullità potesse scoprirsi al solo guardar l'atto, gli eredi eseguendolo l'avrebbero confermato, e sarebbero difficilmente ammessi ad allegare l'errore in cui son caduti, attesochè questo errore sarebbe di dritto, ed in generale l'errore di dritto non può essere invocato, almeno quando non si tratti di evitare un danno sul proprio patrimonio: or eseguendo il testamento, gli eredi hanno piuttosto fallata l'occasione di acquistare i beni del defunto, anzichè realmente perduto i loro, non ostante l'effetto del passaggio del possesso, il quale essendo sotto tal riguardo non altro che una finzione, non distrugge la verità delle cose.

---

(1) *Ad Pandectas*, tit. *de condict. indeb.*

SEZIONE VI.

Delle istituzioni di erede, e de' legati in generale.

SOMMARIO.

175. L'istituzione di erede, ne' paesi di dritto scritto, era una formalità senza cui l'atto non poteva aver vigore come testamento, ma poteva valere come codicillo, mediante la clausola codicillare.

176. La formalità dell'istituzione di erede non era di uso nei paesi di dritto consuetudinario.

177. L'ordinanza del 1735 aveva conservato le distinzioni che vi erano a tal riguardo fra i paesi di dritto scritto e quelli di dritto consuetudinario: il Codice lasciò a ciascuno la facoltà di qualificare le sue disposizioni come egli l'intendesse.

178. Le disposizioni testamentarie sono di tre specie: i legati universali: i legati a titolo universale, ed i legati particolari. Esse hanno effetti simili a quelli che producono queste diverse specie di legati, non importa la denominazione di cui si è valso il testatore.

175. Secondo le regole del dritto romano, seguite in questo punto ne' nostri paesi di dritto scritto, l'istituzione di erede era una formalità essenziale del testamento, la cui mancanza perciò faceva che non eravi testamento. Nondimeno l'atto potea valere come codicillo, mediante la clausola chiamata *codicillare*, cioè della dichiarazione del testatore, essere sua volontà che se il testamento non valesse come testamento, valesse almeno come codicillo. Ma questi effetti non erano in ogni punto gli stessi.

176. All'opposto nei paesi di dritto consuetudi-

nario, l'istituzione di erede non era di rigore; talchè non eranvi propriamente parlando che codicilli, non ostante la denominazione di *testamento* data all' atto: il legatario, anche universale, abbenchè istituito con la denominazione di *erede*, non veniva *impossessato*; ma era in obbligo di dimandare il rilascio agli eredi legittimi.

177. L'ordinanza del 1735 aveva conservato le distinzioni che eranvi a tal riguardo fra i paesi di dritto consuetudinario e di dritto scritto, ed il Codice civile, abbenchè stabilito avesse una legislazione uniforme, ha lasciato nondimeno a ciascuno la facoltà di disporre con qualsivoglia denominazione gli convenisse, e che fosse atta a manifestare la propria volontà; art. 967 c. c. = *892 ll. cc.*

Ma esso richiede nondimeno che il legatario universale sia impossessato di pieno dritto, senza essere obbligato a dimandare il rilascio, nei casi in cui il testatore non rimanga eredi a vantaggio de' quali la legge riserva una quota de' beni.

178. Le disposizioni testamentarie sono di tre specie (a):

—

(a) Il consigliere abate Sarno nella Camera di grazia e giustizia del già Supremo Consiglio di Cancelleria manifestò che negli articoli 958, 959 e 961 del progetto (corrispondenti agli articoli 929, 930 e 932 delle leggi civili) in conformità de' principii contenuti nell' antecedente articolo 957 del progetto (che corrisponde all' articolo 928 delle dette leggi civili) si spiegò che l' *istituzione di erede* era lo stesso che il legato universale, ed alle parole *legatario universale* si erano aggiunte le espressioni di *erede scritto*, per far conoscere di non esservi diversità tra queste due denominazioni. Avvertì però che doveva trattarsi la dis-

O universali,

O a titolo universale,

O a titolo particolare.

Ciascheduna di queste disposizioni, tanto se sia fatta sotto la denominazione d'istituzione di erede,

---

cussione già aggiornata sull'esame se convenisse ritenere tuttavia la distinzione del legatario universale, a titolo universale e particolare che, a suo modo di vedere, non veniva riconosciuta dal dritto romano, ed era piuttosto astratta, ossia mentale che legale, non essendovi nell' applicazione alcuna differenza dal sistema del dritto romano.

Il consiglier Magliano rispose nei seguenti termini: *Nello stabilirsi una legge non bisogna operare a somiglianza di quei che giudicano de' libri come si fa de' vini; ma esaminarne la qualità, senza aver riguardo all'anno domini, e quindi attenersi unicamente a quella legge che sia più propria ed adatta al pubblico vantaggio. Or l' innovazione fatta dagli autori del Codice sul dritto romano, che anche su di ciò in Francia gia osservavasi, tende al sistema generale del miglioramento felicemente immaginato.*

Prima il testamento considerandosi come un' abrogazione della legge successoria, faceasi nei Comizii calati. Vi rimasero in seguito de' simulacri: la rogazione de' cittadini testimoni, il numero settenario, l' unico contesto; la nullità della disposizione ove mancasse la instituzione, o la diredazione; la necessità di morire o testato interamente o ab intestato, ed altre formalità siffatte, opposte alla semplicità naturale.

Gli autori del codice han detto che l'erede e legatario universale è lo stesso: che il testamento è valido, o che talun dica IO ERE-DE, *ovvero* DONO, DISPONGO, LEGO LA MIA EREDITA'; *che tanto è dire* EREDITA' *quanto beni. Ecco pareggiati gli eredi ai legatarii universali.*

Nel dritto conoscevasi il legato di partizione: Heres meus cum Titio hereditatem meam partito: l. 164, §. 1, de *verbor. signific. Distinguevasi parte di eredità, e parte di beni; nel primo caso il legatario universale avea parte dell' eredità con parte de' pesi, nel secondo la parte detratti i pesi*; l. 8, §. ult. de legatis 2.° *Il legato di una parte di mobili, o di stabili era legato particolare. Il legatario non*

quanto di legato, produrrà il suo effetto secondo le regole qui appresso stabilite pei legati universa-

---

contribuira ai debiti e pesi. Il commercio, ed i nuovi rapporti della società fecero vedere che un negoziante ha tutto in mobili, e che esentare il legatario dal contributo de' pesi, è ingiusto.

Quindi la disposizione anche triplice:

1.° Erede e legatario universale sono lo stesso. Hanno l' immissione se non vi è erede cui sia dovuta la legittima, la quale secondo il codice francese era più della disponibile.

2.° Legatario a titolo universale. Contribuisce ai debiti, ma riceve il legato dall' erede, o legatario.

3.° Legatario particolare: non è tenuto a' debiti e pesi ereditarii. Tutto è semplicizzato; e tolte le formole, i riti e le sottigliezze della veneranda antichità, tutto si è adeguato alla ragione naturale ed all' indole della società degli uomini nello stato attuale.

Tutte le disposizioni sì del codice civile, che di quello di rito cospirano a tal sistema, il quale non dee cambiarsi, perchè più buono, più semplice, più giusto; e perchè converrebbe andarne accomodando in più luoghi di ambi i codici i risultati, il che non può riuscire senza una matura e minuta applicazione, e senza il consumo di tempo infinito.

Il consiglier Sollima aggiunse: *Il voler rigettare ogni innovazione, è rigettare ogni progresso, è voler spesso ammirare quello che meno intendesi, come (al dir di Orazio) facevasi da taluni relativamente alle leggi di Roma, delle dodici-tavole, ai vecchi trattati di pace, ed ai libri dei pontefici, che credevano essere stati dettati dalle stesse Muse. Tutto ciò che esiste ha cominciato; tutto ciò ch' è stabilimento, è stata innovazione. Quelli dunque che approvano ogni legge perchè antica, l'avrebbero biasimata altra volta perchè nuova: ed in quale stato saremmo se fosse seguito questo principio?*

Il dritto romano non conosceva che successioni universali e successioni particolari, e se il testatore lasciava qualche erede in una parte qualunque della sua eredità, o anche in una cosa certa, senza dargli alcun coerede, costui era l' erede universale, non potendo il testatore morire parte testato, e parte intestato. Dividendo il testatore la sua eredità fra più coeredi, coll' assegnare a ciascuno una quota dell' eredità, questi eredi potevansi dire eredi a titolo universale, in quanto che niuno avea l' intera eredità, e

li, pe' legati a titolo universale, e pe' legati a titolo particolare; art. 1002 c. c. = *928 ll.cc.* Talmentechè il nome d' ***istituzione***, indebitamente applicato alla disposizione di un oggetto particolare, per esempio di una casa, come se il testatore avesse detto: ***Istituisco Paolo mio erede per la mia casa sita nel tale luogo***, non varrebbe sempre che come legato particolare; e *vice versa* se avesse detto: ***Fo Paolo legatario particolare di tutti i miei beni***, il legato non sarebbe meno un legato universale, con tutte le sue conseguenze. In generale è prevalsa la teorica de' paesi di dritto consuetudinario: e bisogna averlo a caro, mentre essa è infinitamente più semplice, e, diciamolo, più ragionevole, giacchè conviene attenersi piuttosto alla sostanza delle cose, che a formole o espressioni la cui necessità non fosse in alcun modo giustificata.

Quindi, presentemente, poco monta che il tetatore abbia istituito un erede, o che abbia fatto un legato universale: la disposizione avrà assolutamente lo stesso effetto. Se, per esempio, vi sieno eredi ai quali spetta la riserva, l'erede istituito sarà sempre obbligato di dimandar loro il rilascio, come se fosse stato nominato legatario universale (art. 1005 c. c. = *931 ll. cc.*): se non ve ne sieno, il

---

ciascuno era tenuto a pagare i debiti ereditarii in proporzione della rispettiva quota, sebbene in seguito potevano conseguire l'intera eredità in virtù del dritto di accrescere.

La detta Camera di grazia e giustizia portò avviso di rimaner ferme e distinzioni di legatario universale, a titolo universale e particolare contenute nel progetto. Trad.

legatario universale sarà impossessato di pieno dritto per effetto della morte del defunto, al pari che lo era un tempo l'erede de' paesi di dritto scritto. All' uno e l' altro competeranno i frutti nei medesimi casi: entrambi saranno pure tenuti de' debiti; ed entrambi, nel caso in cui il testamento fosse olografo o mistico, saranno obbligati di adempiere le formalità prescritte per essere immessi in possesso. In somma, non avvi alcuna differenza ne' dritti e nelle obbligazioni: non ve ne ha che nelle denominazioni, e ciò è un dire che non ve n' esiste.

SEZIONE VII.

Del legato universale.

SOMMARIO.

179. *Qual' è mai il legato* universale?

180. *Può esser fatto a favor di più come a favore di un solo. In quali casi?*

181. *Il legato* della disponibile *è pure un legato universale.*

182. *È lo stesso del legato della* quota o della porzione disponibile.

183. *Differenza nondimeno per un riguardo tra un legato della* disponibile *o della* quota disponibile, *ed il legato dell'* universalità di beni o di tutti i beni.

184. *Il legato della metà de' beni ad uno, ed il legato dell' altra metà ad un' altra persona, formano due legati a titolo universale, ed in conseguenza senza dritto di accrescimento.*

185. *Quando anche in tal caso non vi fossero eredi aventi dritto a riserva, i legatarii dovrebberò sempre dimandare il rilascio agli eredi legittimi.*

186. *Se vi sia un primo legato di quota parte de' beni, per esempio del terzo, ed un altro legato* del rimanente, *i due legati sono del pari a titolo universale.*

187. *Ma se il primo legato è a titolo universale, il secondo*, di ciocchè rimane, *è universale.*

188. *Se dopo un legato di tutti i beni a favore di uno, venga fatto di poi un legato a titolo universale a vantaggio di un altro, il primo legato non perde per questo la sua caratteristica di legato universale.* Quid *se il legato a titolo universale sia il primo? E se il legato universale si contenga in un testamento posteriore?*

189. Quid *pure del legato* di tutti i miei beni in nuda proprietà *ad uno, e del legato dell' usufrutto ad un altro?*

190. *Il legatario universale deve dimandare il rilascio agli eredi a pro de' quali la legge fa la riserva di una porzione de' beni, se ve ne sieno: sono essi gl' impossessati.*

191. *Il testatore non potrebbe anche togliere l' immissione in possesso agli eredi di questa classe.*

192. *Dritto del legatario universale per riguardo ai frutti.*

193. *Allorchè a morte del testatore non vi sieno eredi cui spetta la riserva, il legatario universale è impossessato di pieno dritto dell' eredità: non deve egli formar dimanda di rilascio.*

194. *L' esistenza di un figlio naturale riconosciuto non osterebbe ai dritti del legatario a tal riguardo.*

195. *Benchè non vi fossero eredi aventi dritto alla riserva, l' individuo istituito legatario universale da un minore dovrebbe dimandare il rilascio agli eredi legittimi: avverrebbe lo stesso, se vi fossero parenti in grado successibile, riguardo ad un figlio naturale istituito legatario universale da chi lo ha legalmente riconosciuto.*

196. *Quando il testamento sia olografo o mistico, e non vi sieno eredi cui spetta la riserva, il legatario universale deve farsi immettere in possesso in virtù di ordinanza del presidente del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione.*

197. *Presentazione, apertura e deposito del testamento olografo o mistico.*

198. *Disposizioni del Codice di procedura riguardanti la conservazione de' testamenti.*

199. *Gli eredi legittimi possono formare opposizione all' immissione in possesso, se abbiano sospetti contra il testamento.*

200. *Finchè il legatario il quale deve farsi immettere in possesso abbia ottenuto tale immissione, non ha qualità di proceder contra i debitori dell' eredità.*

201. *Il legatario universale in concorrenza con eredi cui spetta*

la riserva è tenuto de' debiti e pesi ereditarii personalmente per la sua parte, ed ipotecariamente pel tutto: ma non è tenuto ultra vires.

202. *L'azione de' creditori contra gli eredi legittimi è sempre la stessa, ancorchè vi sieno legatarii universali o a titolo universale, salvo il regresso.*

203. *Caso del legato universale in usufrutto, per riguardo alla contribuzione ai debiti.*

204. *Il legatario universale è in obbligo di soddisfare tutti i legati, salvo il caso di riduzione per somministrare le riserve. Giurisprudenza de' paesi di dritto scritto e di quelli di dritto consuetudinario.*

205. *Conciliazione degli art. 926 e 1009 c. c.*

179. Il legato universale è la disposizione colla quale il testatore dà ad una o più persone l'universalità de' beni che egli lascerà dopo la sua morte; art. 1003 c. c. = 929 *ll. cc.*

Ed abbenchè il testatore abbia fatto pure altre disposizioni, il che eziandio avviene più comunemente, il legato conserva sempre il suo requisito di legato universale; giacchè tali disposizioni non altro sono che pesi, *delibazioni*, di cui questo legato si trova gravato, e da cui si troverebbe immune se mancassero di ricevere il loro effetto per una causa qualunque, come in appresso si vedrà.

180. Il legato universale, diciamo, può esser fatto a vantaggio di più persone, come a vantaggio di una sola; ma bisogna ben distinguere i casi, e se ne possono presentar tre.

1.° Non avvi che una sola e medesima disposizione; ed allora non vi è alcun dubbio: i legatarii sono *congiunti*, ed il diritto di accrescere

procede tra essi, se uno di loro non giunga al legato: se tutti vi giungano, dividono con uguaglianza di dritti, salvo i legati particolari fatti all'uno o all'altro.

2.° Vi sono due o più disposizioni universali distinte nel medesimo atto; e se il testatore non abbia manifestata l'intenzione di rivocar le prime coll'ultima, i diversi legatarii son tutti ed individualmente chiamati alla totalità de' beni. Stimasi di aver egli avuto in mira il dritto di accrescere, pel caso in cui uno o più fra essi mancassero di raccogliere la disposizione fatta a favor loro. Per riguardo ai beni non avvi che un solo legato, ma per riguardo alle persone ve ne ha molti, e la concorrenza di queste persone è quella che produce la divisione dell'universalità legata a ciascuno di essi: *concursu eorum partes fiunt.*

3.° Vi son due disposizioni universali fatte con atti diversi aventi date diverse: se il testatore non manifestò la sua intenzione di conservar la prima, questa disposizione si trová rivocata dalla seconda, giusta quanto sarà in appresso dimostrato.

181. Il legato *di ciò di cui la legge mi permette di disporre*, o *della mia disponibile*, è pure un legato universale, anche nel caso in cui io lasciassi eredi aventi dritto ad una riserva; imperciocchè io do con tal legato non altrimenti che darei con una disposizione espressa *dell' universalità de' miei beni*: la differenza, per ciochè riguarda i miei eredi, anche legittimi, consiste nelle parole e non già nelle cose.

In effetti, se io non lascio eredi cui spetta la riserva, o se quelli che lasciassi rinuncino alla mia eredità o sieno indegni di prendervi parte, il legatario avrà la totalità de' beni, poichè allora la disponibile si troverà essere della totalità; art. 916 c. c. = *832 ll. cc.* E se vi sieno pretendenti alla riserva, il legatario non avrà sempre che la disponibile, quando anche io avessi fatto il legato dell' universalità in proprii termini.

Legando il testatore *i beni di cui può disporre* o la *sua disponibile*, lega dunque con ciò pure, e virtualmente, la disponibile tal quale sarà in forza dell'avvenimento, e tal quale sarebbe l'universalità medesima legata in termini espressi.

182. Bisognerebbe dire lo stesso, ancorchè il testatore avesse semplicemente legato la *quota* o la *porzione disponibile*, ed avesse figli o ascendenti quando fa il testamento; giacchè quantunque l'espressione *quota* sia esclusiva della totalità, nondimeno non avendo il testatore determinata l' estensione di questa quota, volle probabilmente legare con ciò la disponibile medesima. Se avesse avuta intenzione di restringere questa quota ad una parte fissa, riguardato il numero de' figli che allora aveva, gli sarebbe stato facile il dire che legava la metà, il terzo o il quarto de' beni che lasciasse a morte sua: sarebbe ciò stato più naturale che legare in modo vago una quota disponibile soggetta in generale a variazioni considerevoli per effetto della morte de' figli esistenti, o della sopravvivenza

vegnenza di altri figli. Al contrario vi è ogni luogo a credere di aver egli avuto in mira la possibilità di queste variazioni, facendo uso delle espressioni *quota disponibile*, considerando che i figli che lasciasse pretenderebbero di aver dritti sulla sua eredità i quali restringerebbero effettivamente quello che egli attribuiva al legatario, ad una *quota*. Le parole del testamento potrebbero del resto esprimere una contraria volontà, ed allora bisognerebbe seguirla. Ma, per regola generale, le espressioni *quota disponibile* o *porzione disponibile*, avranno effetti simili a quelle, *mia disponibile* o *i beni di cui io posso disporre*; ed in conseguenza comprenderanno tutta la eredità, se non vi sieno eredi aventi dritto ad una riserva.

183. Del resto tra il legato *della disponibile* o *della quota disponibile*, ed il legato *della universalità* o *della totalità de' beni* fatto in termini espressi, avvi la differenza, già notata nel tomo precedente (1), che il legato della disponibile è gravato di soddisfare tutte le altre disposizioni, in virtù dell' art. 1009 c. c. = *935 ll. cc.*, senza che vi sia luogo a ridurre proporzionatamente per somministrare le riserve; mentrechè il legatario *di tutti i beni* indefinitamente, o dell' *universalità de' beni*, può richiedere che la riduzione per somministrare le riserve cada indistintamente su tutti i legati, *pro rata*, uniformemente all'art. 926 c.

—

(1) N.° 360 a 366.

c. = *843 ll. cc.*, e colla limitazione stabilita nell' art. 927 c. c. = *844 ll. cc.* Torneremo tra poco a parlar di questo punto, spiegando l' art. 1009 c. c. = *935 ll. cc.*

184. Egli è evidente che se il testatore avesse detto: *Lego a Paolo la metà de' beni che lascerò a morte mia ed a Giovanni l'altra metà*, non vi sarebbe legato universale, ma due legati a titolo universale, due legati distinti sì circa all'oggetto, come per riguardo alle persone. In conseguenza non avrebbe luogo il dritto di accrescere: ciascuno de' legatarii non potrebbe mai aver altro che la metà espressamente legatagli, quando anche il testatore non lasciasse parenti in grado successibile. In tal caso l' altra metà apparterrebbe al coniuge superstite o allo Stato.

185. Quando anche non vi fossero eredi cui spetta la riserva, i legatarii dovrebbero dimandare il rilascio all' erede legittimo (art. 1011 c. c. = *965 ll. cc.*); ma siccome costui non avrebbe interesse ad accettare (1), se rinunciasse in fatti, potrebbero i legatarii far nominare un curatore all' eredità giacente, contro il quale formerebbero la loro dimanda per rilascio. Essi non sarebbero in obbligo di formarla successivamente contra ciascuno de' parenti in persona del quale fosse venuto a porsi il titolo di e-

(1) Avrebbe nondimeno interesse circa ai frutti, nel caso in cui i legatarii non formassero la loro dimanda per rilascio entro l'anno, ed eziandio in quanto all' evento di rivocazione o caducità de' legati o di uno di essi, anche per cause posteriori alla morte del testatore.

rede stante la rinuncia di quello che lo precedeva, giacchè non si finirebbe se bisognasse seguir quest' ordine sino al parente posto in dodicesimo grado nell' una o l' altra linea (1).

186. Il diritto di accrescere nettampoco avrebbe luogo nel caso in cui, a modo di esempio, il testatore avesse detto: *Lego a Paolo il terzo de' miei beni ed a Pietro il resto.* Pietro sarebbe legatario con parte de' due altri terzi, che si troverebbero virtualmente e necessariamente determinati da queste parole, *ciò che rimane*, messo in relazione col terzo donato a Paolo.

187. Ma se il primo legato fosse a titolo particolare, il legato *di ciò che rimane* sarebbe universale, ed in conseguenza col *jus non decrescendi* risultante dalla caducità del legato particolare, come se questo legato particolare fosse stato fatto l' ultimo.

188. Che anzi se il testatore avesse da principio istituito Paolo legatario universale, ed avesse di poi fatto, o nel medesimo atto, o in un atto posteriore, il legato di una quota de' suoi beni a favore di Pietro, per esempio del terzo, Paolo non sarebbe ancor meno legatario universale, con godimento del *jus non decrescendi* pel caso in cui Pietro non raccogliesse, poichè può esservi nel tempo stesso legato universale e legato a titolo universale, giusta l' art. 1011 c. c. = *965 ll. cc.*

Bisognerebbe ancora dir così, quantunque il te-

(1) *V.* tomo VII, n.° 62.

statore avesse cominciato col legato a titolo universale: soltanto, nel caso in cui il legato universale fosse fatto con atto posteriore, puossi pretendere che il disponente abbia con ciò rivocato il primo; ma è questa una controversia che discuteremo in appresso, trattando della rivocazione delle disposizioni testamentarie.

189. *Quid* del legato dell' universalità de' miei beni in nuda proprietà a favore di Paolo e del legato dell' universalità de' miei beni in usufrutto a favore di Pietro?

Se mai fosse detto: *Lego l' universalità de' miei beni a Paolo, e l' usufrutto dell' universalità de' miei beni a Pietro*, non cadrebbe dubbio di esser Paolo un vero legatario universale, ai termini medesimi dell' art. 1003 c. c. = 929 *ll. cc.*, giacchè il legato in usufrutto sarebbe soltanto una *delibazione* del suo.

Ma nella specie stabilita da principio puossi sostenere di non esser Paolo un legatario universale, attesochè il suo legato non comprende direttamente, e per la sola rivocazione del defunto, l' universalità de' costui beni; imperocchè spesso l' usufrutto può esser considerato come uno smembramento del dominio; *est pars dominii*, dicono molte leggi romane (1): donde seguirebbe di non aver Paolo avuto tutti i beni del defunto in virtù della disposizione fatta a suo vantaggio.

---

(1) *V.* tomo IV, n.° 466.

Nondimeno è più vero il dire che questo legato fatto a Paolo sia universale, e che l'usufrutto debba esser considerato, piuttosto qual servitù, come lo è spesso nel dritto romano medesimo, che come parte del dominio. Nulla impedisce adunque che il legatario di tutti i beni in nuda proprietà soltanto, abbia l'universalità di tali medesimi beni. Solamente quest' ultimo legato è gravato di un peso; ma un peso imposto ad un legato universale non ne cangia la natura. L' art. 1010 c. c. = *964 ll. cc.* conferma pure questa soluzione, giacchè niuna delle diverse specie di legati a titolo universale da esso riconosciuti potrebbero accordarsi col legato dell' universalità de' beni in nuda proprietà, poichè non è nè il legato di una quota parte di ciò di cui il testatore poteva disporre, come una metà, nè il legato di tutti i suoi immobili o di tutti i suoi mobili, nè quello di una quota parte di tutti i suoi immobili o di tutti i suoi mobili; e certamente non è questo di vantaggio un legato a titolo particolare; adunque è desso un legato universale, poichè non avvi che tre specie di legati.

Se il legatario in usufrutto non raccolga, il beneficio della caducità giova al legatario della nuda proprietà, attesochè il testatore non volle lasciar cosa alcuna ai suoi eredi (1). È come se l'usufrutto si fosse estinto dopo di essersi fatto luogo al lega-

---

(1) L. 23. ff. *de usuf. et quemad.*; l. 6; §. 1, ff. *de usuf. accresc.* Ricard, *delle donazioni*, part. 3, n.° 525 e segu. *V.* ciocchè dicemmo su questo caso nel tomo IV, n.° 495.

to, nel qual caso senz'alcun dubbio sarebbesi riunito alla proprietà.

Si vi sieno eredi a cui spetta la riserva, i due legati non avranno in sostanza per oggetto che la quota disponibile: l'uno la disponibile in nuda proprietà, e l'altro in usufrutto, e spetterà al legatario in nuda proprietà, dopo che avrà ottenuto il rilascio del suo legato, il porre in godimento il legatario in usufrutto.

E circa alla parte de' debiti di cui potrà esser tenuta la porzione disponibile, giusta l'art. 1009 c. c. = *935 ll. cc.*, il legatario dell'usufrutto contribuirà alla sua soddisfazione col legatario della nuda proprietà, in uno de' modi espressi nell'art. 612 c. c. = *537 ll. cc.*

190. Allorchè in tempo della morte del testatore vi sieno eredi cui è riservata una quota de' suoi beni dalla legge, questi eredi sono impossessati di pieno dritto, per effetto della sua morte, di tutti i beni dell'eredità, ed il legatario universale è obbligato a dimandar loro il rilascio de' beni compresi nel testamento; art. 1004 c. c. = *930 ll. cc.*

191. In tal caso il testatore non potrebbe anche togliere l'immissione in possesso ai suoi eredi legittimi per attribuirla al legatario universale o all' erede che avesse istituito: questo legatario o questo erede dovrebbero sempre dimandarne il rilascio, senza potersi porre da sè medesimo in possesso de' beni. Secondo le regole del Codice, l'immissione in possesso è un dritto che la legge attribuisce ai parenti a

vantaggio de' quali riservò una certa porzione dell' eredità, e questo dritto è fuori la disposizione del testatore. Adunque la clausola sarebbe senza effetto, come contraria al voto della legge; art. 900 c. c. = *816 ll. cc.* per argomento.

192. Ma nei casi stessi in cui vi sieno eredi ai quali è riservata dalla legge una quota de' beni, il legatario universale ha nondimeno il godimento della porzione che gli spetta, a principiare dal giorno della morte del testatore se abbia formata la sua dimanda di rilascio entro l' anno da quest' epoca; in diverso caso, questo godimento comincia dal giorno della sua dimanda giudiziale, o da quello in cui si sia volontariamente consentito al rilascio de' beni; art. 1005 c. c. = *931* (a) *ll. cc.*

(a) Il consiglier Sollima nella Camera di grazia e giustizia dell'abolito supremo Consiglio di Cancelleria sull'articolo 960 del progetto (corrispondente al suddetto articolo 931 delle leggi civili) si espresse nei seguenti termini: *Nell' antica giurisprudenza si avea riguardo alla linea collaterale ed alla diretta. Per la prima i frutti si dovevano dal giorno della dimanda; per la seconda, dopo la morte. Il progetto ha tolta questa distinzione, e ne ha stabilita un' altra, avendo riguardo al tempo in cui si fa la dimanda. Facendosi dentro l' anno, si accorda dal dì della morte, fuori l'anno, dal giorno della inchiesta. Sarebbe meglio semplicizzare l' articolo col fissare una massima costante, e dire sempre dal giorno della dimanda.*

Il consiglier Magliano rispose: *L' erede legittimo, che s' impossessa, prende i frutti non suoi. L'erede o legatario universale del testamento che trascura, è multato per la sua oscitanza; ma in meno di un anno non vi si considera mora. Nel dritto romano anche distingueasi la petizione dell' eredità dalla domanda del legato: nella prima i frutti eran dovuti dal dì della morte, come accessione dell' eredità, e nella seconda dal giorno della domanda.*

Quando il legatario universale formi la sua dimanda di rilascio entro l'anno, ha dritto ai frutti dal dì della morte, giacchè una universalità di beni, come una eredità, si aumenta di tuttociò che ha prodotto: *etenim hereditas fructibus augetur* (1).

Ed avendo dritto il legatario, al pari degli eredi cui spetta la riserva, ad una quota parte di questa universalità, ha dritto per lo stesso motivo ad

---

Non è giusto che l'erede legittimo si goda i frutti raccolti in quei giorni, che l'erede o il legatario, o non ha saputo a tempo la morte del testatore, o per qualche incidente ha dovuto differire la domanda, o ha dovuto farsi prima i suoi conti e deliberare. L'erede legittimo non ha titolo quando esiste il testamento: non vi è perciò ragione di percepire i frutti se non quando la oscitanza per un discreto tempo faccia presumere che l'istituito non li voglia. Questo tempo è ben ristretto ad un anno, giacchè quattro mesi e dieci giorni bisognano solo per fare inventario e deliberare.

La detta Camera di grazia e giustizia si uniformò all'avviso del consiglier Magliano. Trad.

(1) L. 2, Cod. *de petit. hereditatis*. Questa regola era generale nel dritto romano; talchè il possessore in buona fede di una eredità aveva l'obbligo di restituirne i prodotti coi beni, sino alla concorrenza almeno di ciò di cui si era arricchito, sia coi beni stessi, sia coi frutti. Il Codice nell'art. 138 c. c. = *144 ll. cc.* derogò a questa regola: esso dispone riguardo ai frutti di una eredità come riguardo ai frutti di cose speciali, nel modo che spiegammo trattando *degli assenti*, tomo I, n.i 562, 566 e 583. Talmentechè se l'eredità si trovasse posseduta da un erede *putativo*, quando anche il legatario universale formasse la sua dimanda fra l'anno della morte, avrebbe dritto ai frutti sol dal giorno in cui l'avesse formata, poichè in tal caso un erede al quale spetta la riserva non vi avrebbe dritto che dal giorno in cui avesse formata la sua. Gli art. 138 e 549 c. c. = *144* e *474 ll. cc.* sarebbero applicabili a tal caso, e l'art. 1005 c. c. = *931 ll. cc.* a quello in cui l'eredità sia posseduta da eredi a' quali spetta la riserva.

una quota parte di ciò che essa è ora, cioè aumentata de' frutti, e nella medesima proporzione, senza che debbasi distinguere se gli eredi gli abbiano o pur no raccolti ignorando di esistere il testamento, e se questi frutti sieno o pur no consumati.

Ma allorchè la dimanda sia fatta dopo l' anno, si rientra nel dritto comune, secondo cui il possessore in buona fede fa suoi i frutti; art. 158 e 549 c. c. = *144 e 474 ll. cc.* Or gli eredi son reputati in buona fede finchè il legatario non dimandi il rilascio del legato. Essi han regolato le loro spese congruamente: questi frutti son forse consumati, e parve troppo rigoroso di obbligar gli eredi ad una restituzione che potrebbe ascendere a smisurato valore con l'accumulamento de' prodotti cagionato per negligenza del legatario. Cosicchè, quando anche avessero conoscenza del testamento, non dovrebbero sempre i frutti che dal giorno della dimanda, se essa fosse formata dopo l' anno. Non sono obbligati di andare a cercare il legatario, ma se avessero occultato o tenuto segreto il testamento, li dovrebbero dal dì della morte, purchè il legatario formasse la sua dimanda di rilascio entro l' anno dal giorno in cui avesse avuto notizia del testamento. Essi gli dovrebbero i frutti a titolo di danni ed interessi.

I frutti sarebbero dovuti eziandio al legatario universale dal dì della morte, abbenchè la dimanda fosse stata formata dopo l' anno, se egli avesse ci-

tato per tentativo di conciliazione entro l' anno, purchè la citazione fosse stata seguita da dimanda giudiziale entro il mese dal dì della non comparsa o della non seguita conciliazione. L' art. 57 del Codice di procedura, promulgato posteriormente al Codice civile, attribuisce a questa citazione l' effetto d' interrompere la prescrizione e di far decorrere gl' interessi: or la ragione è la stessa pei frutti, attesa la grande analogia che hanno seco loro, essendo altronde anch' essi frutti civili.

Il legatario universale in usufrutto avrebbe ugualmente dritto ai frutti dal dì della morte del testatore, se formasse la sua dimanda di rilascio entro l' anno, per applicazione degli art. 595, 604, 610, 612 e 1005 c. c. = *520, 529, 535, 537 e 931 ll. cc.* esaminati ed insiem combinati.

193. Quando a morte del testatore non vi sieno eredi a' quali la legge riserva una quota de' beni, questi passano *ipso jure* dal giorno della morte di quello al legatario universale, senza l' obbligo di domandarne il rilascio; art. 1006 c. c. = *932 ll. cc.*

Questo articolo non dice: *allorchè non vi sieno discendenti* o *ascendenti*; ma semplicemente: *quando non vi sieno eredi ai quali la legge riservi una quota di beni*, il che è assai diverso; imperocchè la esistenza di ascendenti non impedirebbe in ogni caso che il legatario universale fosse impossessato: bisognerebbe a tal uopo che questi ascendenti fossero nell' ordine in cui la legge li

chiamerebbe a succedere, poichè, giusta l'art. 915 c. c. = *831 ll. cc.*, in tale ordine hanno essi dritto alla riserva. Or se vi fossero fratelli o sorelle, ovvero figli di fratelli o sorelle, e gli ascendenti fossero diversi dai genitori, questi ascendenti non sarebbero nell'ordine in cui la legge li chiamerebbe alla successione, mentre, giusta l'art. 750 c. c. = *672 ll. cc.*, verrebbero esclusi dai fratelli o sorelle, o discendenti di essi; e secondo ciò che dimostrammo nel tomo precedente (1), non avrebbero riserva alcuna in tal caso, ammenochè i fratelli e sorelle o loro discendenti non rinunciassero tutti, o non fossero tutti indegni, nel quale caso gli ascendenti avrebbero dritto alla riserva, giacchè si troverebbero allora nell'ordine in cui la legge li chiamerebbe a succedere, attesochè chi rinunzia si reputa di non essere mai stato erede; art. 785 c. c. = *702 ll. cc.*

E non si opponga che i fratelli e sorelle non potrebbero rinunziare nella specie, perchè, a motivo del legato universale, non rimane loro cosa alcuna; giacchè essi hanno ancora il benefizio della caducità o della rivocazion del legato per una causa qualunque: avrebbero dunque dritto e qualità bastante a poter rinunziare, e far luogo così agli ascendenti affinchè costoro fossero nell'ordine in cui la legge gli chiamerebbe a succedere, ed in conseguenza affinchè avessero dritto alla riserva.

---

(1) N.i 310 e 311.

194. L'esistenza di un figlio naturale riconosciuto nettampoco basterebbe per impedire che il legatario universale fosse impossessato. In effetti quantunque il figlio naturale non possa esser privato della totalità di ciocchè la legge gli accorda, quantunque possa soltanto soffrir riduzione, e per questo aspetto sia vero il dire che ha una riserva (1), pur nondimeno, giusta l'art. 1006 c. c.=*932 ll. cc.*, non è annoverato fra le persone le quali ostano a far passare il possesso al legatario universale per effetto della morte del testatore, poichè i figli naturali non sono *eredi*: l'art. 756 c. c. = *674 ll. cc.* nega loro espressamente questo titolo: or gli art. 1004 e 1006 c. c. = *930 e 932 ll. cc.* parlano positivamente degli eredi.

195. Ma d'altra banda avvi due casi nei quali il legatario abbenchè qualificato dal testamento legatario universale, purtuttavolta non sarebbe impossessato, e dovrebbe perciò dimandare il rilascio, ancorchè non vi fossero eredi cui la legge assegnasse una quota di beni a titolo di riserva propriamente detta.

Il primo caso è quando un minore dell' età di anni sedici abbia fatto un legato universale in cambio di limitarsi, come il voleva l' art. 904 c. c. = *820 ll. cc.*, a non donare altro che la metà de' beni di cui avrebbe potuto disporre se fosse stato maggiore di età: in tal caso il legato non è effet-

(1) *V.* nel tomo VI, n.° 300 e seguenti, e nel tomo precedente n.i 302 e 303, dove questo punto è chiaramente stabilito.

tivamente che un legato a titolo universale, soggetto in conseguenza alla dimanda di rilascio, ai termini dell' art. 1011 c. c. = *965 ll. cc.*

Il secondo caso è quello nel quale il testatore avendo parenti in grado successibile, abbia istituito legatario universale il suo figlio naturale legalmente riconosciuto; siccome non potè donargli altro che la quota stabilita dall' art. 757 c. c. = *674 ll. cc.*, avuto riguardo alla qualità de' parenti da lui lasciati (art. 908 c. c. = *824 ll. cc.*), il legato non è similmente che un legato di parte soltanto, un legato a titolo universale, che, stante ciò, obbliga il legatario a dimandare il rilascio agli eredi legittimi, chiunque essi sieno (1).

Nell' uno e nell' altro caso, ogni dichiarazione contraria del testatore è senza effetto, giacchè eccede i limiti della capacità che la legge in lui riconosceva.

196. Abbenchè per massima il legatario universale sia impossessato di pieno dritto per effetto della morte del testatore allorchè costui non lasci eredi cui la legge riserva una quota di beni, nulladimeno non in tutti i casi può da sè medesimo mettersi in possesso dell' eredità; ma al contrario convien distinguere se il testamento sia per atto pubblico, ovvero in forma olografa o mistica.

Se per atto pubblico, può il legatario prender possesso de' beni; nè ha bisogno a tal uopo di adempire alcuna formalità.

---

(1) Ciò appunto dicemmo già nel tomo VI, n. 327.

Se olografo o mistico, il legatario deve farsi immettere nel possesso con una ordinanza del presidente del tribunale del luogo dove si apre la successione, stesa a piè della istanza, cui deve essere unita copia dell' atto di deposito del testamento; art. 1008 c. c. = *934 ll. cc.*

197. A tale effetto qualunque testamento olografo, prima che abbia esecuzione, dev' essere presentato al presidente del tribunale di prima istanza del luogo in cui si è aperta la successione (a). Questo testamento dev' essere aperto, se è sigillato. Il presidente stende processo verbale della presentazione, dell' apertura e dello stato del testamento, di cui ordina il deposito presso un notaio da lui destinato; art. 1007 c. c. = *933 ll. cc.*

Se il testamento è in forma mistica, la sua presentazione, l' apertura, la descrizione e 'l deposito devonsi fare nella medesima maniera: ma l' apertura non può farsi se non in presenza, o almeno dopo la chiamata di quei notai (1) e testimoni che

(a) Coll' articolo 962 del progetto (corrispondente all' articolo 933 delle leggi civili) si è incaricato della *presentazione ed* apertura del testamento sì olografo che mistico il giudice di circondario, non essendovi appresso di noi tribunali distrettuali. Trad.

(1) L' articolo dice *de' notai*, e nondimeno l' art. 976 c. c. = *902 ll. cc.* non richiede che un notaio per distendere l' atto di soprascrizione di un testamento mistico; e siccome esige indistintamente sei testimoni, la presenza di un secondo notaio, non sarebbe in effetti necessaria, ma non è vietata, e di fatto potè aver luogo, il che può spiegare l' uso del plurale, *de' notai*, in questo art. 1007.

segnarono l' atto di soprascrizione e che si troveranno nel luogo; *ibid.*

198. Il Codice di procedura contiene puranche talune misure conservatorie de' testamenti. Giusta l'art. 916 di questo Codice = 993 *ll. pr. civ.*, « Se nel « tempo dell' apposizione de' sigilli vien trovato un « testamento, o qualche altro foglio sigillato, il « giudice di pace deve far costare, nel suo pro« cesso verbale, della forma esterna, del sigillo e di « quanto fosse scritto di sopra; sottoscrivere l' este« riore dell' involto unitamente alle parti astanti, se « pure lo sappiano o lo possano, ed indicare il giorno « e l' ora in cui l' involto sarà da lui presentato al « presidente del tribunale di prima istanza. Egli fa « menzione di tutto nel suo processo verbale, che « vien firmato dalle parti, altrimenti si fa men« zione del loro rifiuto. »

E secondo l'articolo seguente, il giudice di pace, ad istanza di qualunque parte interessata, avanti di apporre i sigilli, deve far ricerca del testamento denunciatogli come esistente: e se lo trovi, deve procedere come pocanzi si è detto.

199. Abbenchè la forma nella quale è conceputo il tesramento non abbia influenza alcuna circa all' effetto *d' impossessare* il legatario universale, quando non vi sieno eredi cui compete la riserva, nondimeno allorchè questo testamento sia olografo, gli eredi possono formare opposizione alla dimanda d' immissione in possesso, come sopra abbiam det-

to (1), e dichiarare di non riconoscere l'atto come scritto di pugno del lor autore; salvo allora al legatario il dimandare la verificazione del carattere. Ma la pruova è a carico suo, e può farsi tanto per mezzo di titoli che di testimoni, uniformemente all' art. 195 c. pr. = *289 ll. pr. civ.*; e se l' atto sia riconosciuto essere emanato dal testatore, il legatario ottiene allora senza difficoltà l' immissione in possesso.

200. Il legatario universale impossessato di pieno dritto, perchè non vi sono eredi cui spetta la riserva (e che è stato immesso in possesso se il testamento sia olografo o mistico), può procedere immediatamente contro i debitori dell'eredità; mentre il legatario a titolo universale, ed anche il legatario universale quando vi sieno eredi cui spetta la riserva, per agire utilmente contra i debitori dell' eredità debbono aver ottenuto il rilascio del legato: se agiscono prima, il convenuto potrebbe farli dichiarare inammessibili *allo stato* e condannare alle spese.

201. Il legatario universale ch' è in concorrenza con un erede cui la legge riserva una quota de' beni, è tenuto de' debiti e pesi ereditarii personalmente per la sua quota e porzione, ed ipotecariamente pel tutto: e sarà tenuto a soddisfare tutti i legati, salvo il caso di riduzione, siccome è dichiarato negli art. 926 e 927 c. c. = *843 e 844 ll. cc.*; art. 1009 c. c. = *935 ll. cc.*

(1) N.i 44 e seguenti.

Il legatario universale che concorre con eredi, cui la legge riserva una quota di beni è tenuto ai debiti e pesi dell' eredità personalmente per la sua parte, ed in conseguenza per metà, se la disponibile sia di metà, ma non è perciò tenuto *ultra vires*, secondo la natura del suo legato, sol perchè non avesse dichiarato in cancelleria che non intendeva accettare se non col beneficio dell'inventario. Non è egli l'impossessato, poichè è stato in obbligo di dimandare il rilascio agli eredi cui spettava la legittima; quindi non è egli quello che rappresenta effettivamente la persona del defunto; è piuttosto il successore ai beni, ed in parte soltanto, che il successore alla persona. Segue da ciò che se non abbia confuso i beni dell' eredità coi proprii senza precedente inventario, non può essere condannato a pagare i debiti e pesi che sino alla concorrente quantità del suo emolumento; e non in modo indefinito.

Poco importa che il Codice civile autorizza le istituzioni di erede, e che ne' paesi di dritto scritto la qualità di erede beneficiato fosse necessaria all' erede istituito, come all' erede legittimo, per non essere tenuto ai debiti *ultra vires*; imperocchè il Codice non attribuisce alle istituzioni di erede effetti diversi che ai legati, sia universali, sia a titolo universale: l' art. 1002 c. c. = *928 ll. cc.* è positivo a tal riguardo. I compilatori del Codice intesero di seguire in generale la dottrina de' paesi di dritto consuetudinario per ciocchè

sia effetto de' legati, con la modificazione nondimeno che attribuirono il passaggio del possesso al legatario universale allorchè non vi sieno eredi cui spetta la riserva; e non fecero differenza alcuna tra il caso in cui il testatore abbia istituito uno o più eredi in tutto o in parte, ed il caso in cui abbia fatto legati universali o a titolo universale. Or in generale nei paesi di dritto consuetudinario i legatarii non erano obbligati a prender lettere pel beneficio dell' inventario per non essere tenuti ai debiti e pesi ereditarii *ultra vires*; ma bastava che non avessero confuso i mobili del defunto coi loro beni proprii senza averne debitamente comprovato la consistenza.

Ma quando il legatario universale è impossessato di pieno dritto per non esservi eredi cui la legge riserva una quota di beni, allora egli rappresenta altrettanto la persona medesima del testatore il quale lo ha scelto a tal effetto, quanto lo farebbe un erede legittimo, perchè è impossessato al par di lui (art. 1006 c. c.=*932 ll. cc.*): è *loco heredis*. Or, giusta l'art. 724 c. c.=*645 ll. cc.*, un erede non è investito de' dritti del defunto che coll' obbligo di soddisfare indefinitamente i debiti e pesi ereditarii, se non faccia uso del beneficio dell'inventario. In conseguenza il legatario universale in tal caso sarebbe tenuto *etiam ultra vires*, se avesse eseguito atto di accettazione senz' aver prima fatto in cancelleria la sua dichiarazione di volersi valere di questo beneficio.

Del resto tali diverse proposizioni furono bastantemente discusse e dimostrate nel tomo VII, n.[i] 14 e 433.

202. Dicemmo pure nello stesso volume (1) con Pothier, e contra il parere di taluni moderni autori, che gli eredi legittimi, come essendo i soli impossessati, posson essere astretti dai creditori, ciascuno per la sua parte ereditaria, in conformità degli art. 724, 873 e 1220 c. c. = *645, 794 e 1173 ll. cc.* insiem combinati, salvo il loro regresso contra il legatario universale o contra il legatario a titolo universale, in ragione della parte per la quale costoro debbono contribuire ai debiti; ma salvo nondimeno il dritto de' creditori di procedere contro questi medesimi legatarii personalmente per la loro porzione in ciascun debito, avuto riguardo alla lor parte nell'eredità. Non c' impegneremo qui a maggiormente sviluppare questi punti, avendoli chiaramente dimostrati nel sopraddetto luogo.

Stante ciò, gli eredi hanno dritto a non rilasciare ai legatarii la porzione loro spettante, se non mediante sicurtà dai medesimi date, che essi soddisferanno esattamente la lor parte nei debiti (2).

Laonde è conveniente, per quanto sia possibile, di estinguerli prima della divisione, poichè si preverranno ostacoli di esecuzione.

203. Se il legato sia in usufrutto soltanto, il legatario contribuisce al pagamento de' debiti nel

(1) N.° 435.
(2) *V. ibid.*

senso che li paga, e che il suo capitale gli è rimborsato alla fine dell' usufrutto, ma senza interesse: se non voglia far questa anticipazione, il proprietario può scegliere o di pagare i debiti, ed in questo caso l' usufruttuario gliene corrisponde l' interesse, durante il tempo dell' usufrutto; o di far vendere una porzione de' beni soggetti all'usufrutto sino alla concorrente somma dovuta, in conformità all' art. 612 c. c. = *537 ll. cc.*, e come il dicemmo nel tomo IV, spiegando questo articolo. Del resto non avvi bisogno in tal caso di stimare precedentemente i beni sottoposti all' usufrutto per determinare la contribuzione ai debiti, la quale è tutta stabilita: la massa de' debiti gravita sulla massa de' beni, ed il legato essendo dell'usufrutto dell' universalità, l' usufruttuario contribuisce al pagamento della totalità de' debiti in uno de' sopraccennati modi.

204. Dicendo nell' art. 1009 c. c. = *935 ll. cc.*, che il legatario universale in concorrenza con un erede cui la legge riserva una quota di beni è tenuto *a soddisfare tutti i legati*, salvo il caso di riduzione come è stabilito negli art. 926 e 927 c. c. = *843 e 844 ll. cc.*, gli autori del Codice vollero abrogar l' applicazione della legge *falcidia*, seguita nei paesi di dritto scritto, e secondo la quale l'erede doveva avere almeno il quarto franco dell' eredità, dedotti tutti i debiti; talchè se i legati particolari altrepassavano i tre quarti dell'attivo, erano ridotti a questa misura; e quando vi

erano eredi a cui spettavano legittime, diffalcavasi prima di tutto l'importare di queste. Tale derogazione venne introdotta sulle osservazioni fatte in Consiglio di Stato quando fu discussa la legge (1). Si volle ancora far prevalere il dritto consuetudinario, il quale non riconosceva la quarta *falcidia*, e secondo cui il legatario universale era in obbligo di pagare tutti i legati, almeno sino alla concorrente quantità dell'emolumento. Si potè ciò fare tanto più ragionevolmente, in quanto che oggidì gli eredi istituiti per testamento non sono in realtà che legatarii, come nei paesi di dritto consuetudinario.

Dippiù in questi paesi il legatario universale era ugualmente obbligato a somministrare le legittime, senza riduzione de' legati a titolo particolare; mentrechè all' opposto il Codice vuole, e tranne se il testatore abbia altrimenti disposto, che le riserve sieno formate mediante una riduzione fatta indistintamente, e *pro rata*, tanto sui legati particolari, quanto sui i legati universali; art. 926 c. c.= *843 ll. cc.*

Da tali osservazioni risulta che nel caso in cui non vi sieno eredi cui spetta la riserva, ed i legati particolari assorbiscano più de' tre quarti dell'eredità, dedotti i debiti, il Codice civile è meno favorevole al legatario universale di quel che lo era all'erede istituito la legislazione de' paesi di dritto

(1) Il progetto del Codice ammetteva la *falcidia*.

scritto, poichè questo legatario è obbligato a soddisfare *tutti* i legati (sino alla concorrente quantità almeno dell' attivo), mentrechè imperando tale legislazione, l'erede avrebbe potuto farli ridurre per avere la quarta falcidia. In questo caso il legatario universale vien trattato sotto il Codice, come lo era nel dritto consuetudinario.

Ma se vi sieno eredi cui la legge riserva una quota di beni, come lo suppone l'art. 1009 c. c.= *935 ll. cc.* (parimenti che l'art. 926 c. c. = *843 ll. cc.*), vengono trattati più favorevolmente di quel che lo era il legatario universale de' paesi di dritto consuetudinario, in quantochè le riserve non sono prese unicamente dal suo legato, ma sibbene da tutti i legati indistintamente *pro rata*, ammenochè il testatore non abbia manifestato contraria volontà, il tutto secondo ciò che stabilimmo nel tomo precedente (1), esaminando gli art. 926 e 927 c. c. = *843 e 844 ll. cc.*

205. Del resto l'art. 1009 c. c.=*935 ll. cc.* non è chiaramente disteso, in quantochè benanche nella supposizione della *concorrenza* del legatario universale con un erede cui spetta la riserva, dispone per massima che il legatario universale è *tenuto a soddisfare tutti i legati* (2): vero è che fa

(1) N.o 360 e seguenti.

(2) Queste parole *è tenuto a soddisfare tutti i legati salvo il caso di riduzione, ec.*, forse furono poste per opposizione alla disposizione precedente, che riguarda i debiti, di cui gli eredi ai quali spetta la riserva son tenuti come lo stesso legatario universale, che li sopporta personalmente sol per la sua parte; non

immediatamente eccezione pel caso del cennato art. 926, ma precisamente questo articolo dispone nella medesima ipotesi, quella cioè dell' esistenza di eredi cui compete la riserva e di un legato universale. Or in questo medesimo caso il legatario universale, lungi di esser tenuto a soddisfare *tutti i legati*, ha dritto di farli contribuire *pro rata* per somministrare le riserve: talmentechè non si scorge il caso della regola stabilita da principio nell'art. 1009 = *935 ll. cc.*, poichè ci troviamo col fatto posti in quella dell'eccezione, in quella dell' art. 926 c. c. = *843 ll. cc.*, al quale rimette anch' esso per l'applicazione di questa eccezione; in somma l'eccezione e la regola sembra che si confondano, poichè l' una e l'altra dispongono o par che dispongano sul medesimo caso, quello della *concorrenza* d'un legatario universale con eredi ai quali la legge riserva una quota di beni, ed allorchè vi sieno altri legati.

Tale confusione non sarebbe esistita se, dichiarando che il legatario universale sarebbe tenuto di soddisfare tutti i legati, si fosse stabilito ciò con una proposizione principale ed indipendente da qualun-

altrimenti che se i compilatori del Codice avessero voluto dire Il legatario universale è tenuto ai debiti per la sua parte soltanto, ma pei legati, n'è tenuto per intero riguardo agli eredi cui compete la riserva, la quale deve sempre essere intatta: egli n'è il solo obbligato per quanto li concerne; ma salvo a farli ridurre per somministrare le riserve, come la sua pur lo sarà, uniformemente all'art. 926 c. c. = *843 ll. cc.* È questo il senso probabile di tale art. 1009, ma le sue parole non lo esprimono chiaramente per quanto basta. Del resto lo spiegheremo tra poco.

que altra, senza supporre, come si fa, che questo legatario sia in concorrenza con eredi ai quali spetta la riserva. Qualora si fosse proibito non altro che la ritenuta della falcidia, allora l'eccezione apportata alla regola avrebbe avuto per oggetto il caso preveduto nell' art. 926 suddetto, quello in cui vi sia luogo a ridurre le disposizioni testamentarie per somministrare le riserve, la quale riduzione deve cadere indistintamente sui legati particolari come sui legati universali, *pro rata.* La compilazione sarebbe stata più chiara e più logica.

Chechè ne sia, il legatario universale in concorrenza con eredi a cui favore la legge riserva una quota di beni, soddisferà *tutti i legati* dopo avere ad essi fatto subire la riduzione cui sono soggetti giusta i sopraccennati art. 926 e 927; ma come lo abbiam detto precedentemente (1), se il testatore siasi limitato a fare, col modo universale, il legato della *sua disponibile* o della *sua porzione disponibile*, invece di fare il legato di *tutti i suoi beni* o dell' *universalità de' suoi beni*, il legatario non ha dritto, a parer nostro, d' invocare l'art. 926; imperocchè non avendo ricevuto dal defunto che la disponibile, non gli si può diffalcare cosa alcuna per somministrar le riserve, che non gli vennero donate: in conseguenza dir non può ai legatarii particolari che essi debbono subire eziandio la riduzione, poichè non ne subisce anch' egli. I

(1) N.° 183.

legati particolari in tal caso sono soltanto un peso del suo: non gravitano sulle riserve. È questo il modo più naturale di conciliare tali art. 926 e 1009. Del resto non riguardiamo meno per ciò il legato *della disponibile* come universale, a motivo del beneficio dell' eventualità, sul caso in cui non si dovessero somministrar riserve, perchè gli eredi cui queste competono i quali esistevano allorchè fu fatto il testamento fossero premorti al testatore o rinunciassero alla sua eredità, o fossero indegni di prendervi parte.

SEZIONE VIII.

De' legati a titolo universale.

SOMMARIO.

206. *Definizione del legato a titolo universale, secondo l' articolo 1010 c. c.*

207. *Questa definizione è imperfetta: importa di ben distinguere in quali termini sia fatto il legato di una quantità; in quanti casi possono esservi legati a titolo universale.*

208. *Le diverse specie di legati a titolo universale possono essere in usufrutto soltanto, e non degenerano per questo in legato a titolo particolare.*

209. *Il legatario a titolo universale deve dimandare il rilascio in tutti i casi. In quale ordine debba dimandarlo.*

210. *Può esservi nel tempo stesso legato universale e legato a titolo universale. Diverse distinzioni importanti.*

211. *Niuna disposizione del Codice pronunzia sui frutti quando si tratti di legato a titolo universale. In quali casi sieno essi dovuti al legatario che forma la sua dimanda entro l' anno dalla morte del testatore.*

212. *Il legatario a titolo universale contribuisce alla soddisfazione de' debiti e pesi: testo dell' art. 1012 c. c.*

213. Come si regola la contribuzione ai debiti quando il legato sia degl' immobili o de' mobili, o di una quota parte dell' una o l' altra specie di beni.

214. Dritti de' creditori.

215. Il legatario a titolo universale contribuisce alla soddisfazione de' legati particolari cogli eredi legittimi.

216. Allorchè il legato a titolo universale sia di una quota parte di tutti i beni indistintamente, la contribuzione è facile, giacchè è proporzionale.

217. Se il legato sia degl' immobili o dei mobili, i legati di corpi certi sono somministrati da coloro che raccolgono la specie di beni di cui fan parte questi oggetti.

218. I legati di somme si prendono sul danaro trovato nell' eredità, ed in conseguenza rimangono a peso soltanto di quelli che raccolgano i mobili.

219. Quid *de' legati di somme quando non vi sia bastantemente danaro nell' eredità per soddsifarli? Rimangono essi forse a carico soltanto di quelli che raccolgono i mobili?*

220. Testo dell' art. 1013 c. c. sul legato a titolo universale di una quota della porzione disponibile soltanto.

221. Il legatario in tal caso contribuisce pure al pagamento de' debiti, ed in qual modo.

222. Contribuisce eziandio al pagamento de' legati particolari cogli eredi legittimi, ed in quale proporzione.

223. I legati di corpi certi, mobili o immobili, prelevansi sulla massa, e si regola di poi la quota legata sul rimanente.

206. L' art. 1010 c. c. = *964 ll. cc.* definisce il legato a titolo universale, « quello col quale il testatore lega una quota parte de' beni *di cui la* « *legge gli permette di disporre*, come sarebbe « la metà, il terzo, ovvero tutti i suoi immobili, « o tutti i mobili, o una quota parte degli uni o « degli altri.

« Qualunque altro legato non forma se non una disposizione a titolo particolare. »

E secondo l' art. 1013 c. c. = *967 ll. cc.*, avvi pu-

ranche legato a titolo universale, « quando il te-
« statore non avrà disposto se non di una quota
« *della porzione disponibile*, ec. »

207. Nondimeno questa definizione del legato a titolo universale, che dà l'art. 1010, « una quo« ta parte de' beni di cui la legge permette al te« statore di disporre », è incompleta, ed ha bisogno almeno di spiegazione: essa si confonde col caso dell' art. 1013, che è semplicemente quello del legato di una quota della porzione disponibile; mentrechè avvi pure legato a titolo universale quando il testatore abbia disposto di una quota *di tutti i suoi beni*, quantunque non abbia potuto disporre di tutto il suo patrimonio, per aver lasciati eredi cui è riservata dalla legge una porzione dell'eredità.

Quindi bisogna ben considerare le parole della disposizione.

Se il testatore abbia detto: *Lego il quarto de' miei beni a Paolo*, questo legato cade indistintamente su tutti i beni, siensi o pur no lasciati dal disponente eredi a cui spetta la riserva.

Ma se abbia detto: *Lego a Paolo il quarto di ciò di cui posso disporre*, o *della mia porzione o quota disponibile*, ed egli lasci per esempio un figlio, il quale accetta la sua eredità, il legato non si trova essere che dell'ottava parte di tutta l'eredità, poichè la disponibile nella specie è della metà de' beni; art. 913 c. c. = *829 ll. cc.* Il legato sarebbe del quarto sol qualora non si dovesse somministrare alcuna riserva, a motivo del-

la premorienza del figlio o della sua rinunzia all' eredità o della sua indegnità, ammettendo che non vi fossero ascendenti. Ma allora esso sarebbe del quarto di tutta l' eredità, benchè sia stato fatto in termini espressi del quarto della *disponibile* soltanto; imperocchè la disponibile si troverebbe col fatto esser di tutta la eredità. Il valore del legato era da prima incerto, eventuale: non doveva determinarsi che ulteriormente, a seconda che vi fosse o pur no una riserva, la cui quota poteva anch' essa variare per circostanze posteriori al tempo in cui il testatore fece il suo testamento.

Adunque secondo gli art. 1010 e 1013 c. c. = *964 e 967 ll. cc.*, insiem combinati, vi sono sei casi nei quali conviene scorgere un legato a titolo universale: 1.° quello del legato di quota parte di tutti i beni indistintamente; 2.° del legato di una quota della porzione disponibile; 3.° il legato di tutti gl' immobili; 4.° di tutti i mobili; 5.° di una quota fissa di tutti gl' immobili; 6.° di una quota fissa di tutti i mobili.

208. Tutti questi legati possono esser fatti in usufrutto soltanto, parimenti che in proprietà; e per applicazione dell' ultimo dettame del cennato art. 1010, non bisognerebbe scorgervi legati a titolo particolare; imperciocchè i legatarii a questo titolo, o in proprietà o in usufrutto, non son tenuti ai debiti ereditarii, salvo l' esercizio dell' azione ipotecaria, come contra ogni detentore qualunque della cosa ipotecata, e col regresso come

di dritto (art. 611, 871 e 1024 c. c. = *536*, *792* e *979 ll. cc.*); mentrechè il legatario a titolo universale in usufrutto è tenuto a contribuire al pagamento de' debiti ereditarii in uno de' modi espressi nel detto art. 612, il che basterebbe, quando pure non vi fossero altre ragioni, perchè non si potesse dire, anche in teorica, che questi legati son legati particolari. Quindi gli art. 610 c. c. = *535 ll. cc.* e 942 c. pr. = *1018 ll. pr. civ.* parlano espressamente *de' legatarii universali in usufrutto*, come de' legatari universali in nuda proprietà. Il buon senso altronde non permette di scorgere un legato a titolo particolare nel legato dell' usufrutto dell' universalità de' beni, o di una quota parte di tutti i beni, quando d'altra banda avvi legato particolare nella disposizione dell'usufrutto di una cosa speciale.

L'ultima disposizione adunque del detto art. 1010 non ebbe in mira queste specie di legati.

209. I legatarii a titolo universale sono tenuti a dimandare il rilascio de' beni agli eredi a' quali la legge ne riserva una quota: in loro mancanza a' legatarii universali, e mancando questi agli eredi chiamati secondo l' ordine stabilito sotto il titolo *delle Successioni*; art. 1011 c. c. = *965 ll. cc.*

In guisa che quando anche i diversi legati a titolo universale che potettero esser fatti non lasciassero cosa alcuna agli eredi legittimi, i legatarii non ne dovrebbero meno dimandar loro il rilascio, salvo a questi eredi, i soli impossessati, di rinunzia-

re alla eredità, nel qual caso i legatarii chiederebbero la nomina di un curatore all' eredità giacente a fin di far loro il rilascio. E secondo quanto fu detto di sopra, n.° 185, non sarebbero obbligati per ciò di formar prima la loro dimanda successivamente contra tutt' i parenti sino al dodicesimo grado, nell' una e l' altra linea, in persona de' quali fosse venuto a cadere il dritto ereditario per effetto della rinunzia di coloro che li precedevano; imperocchè non si finirebbe mai se bisognasse seguire quest' ordine: la purezza de' principii il richiederebbe indubitatamente in tal modo; ma come si disse nel tomo precedente riguardo alle dimande de' creditori, ci siamo allontanati da quei rigorosi principii, la cui applicazione produrrebbe molti dubbii, lentezze e spese. E la ragione è la medesima per ciò che concerne la dimanda per rilascio de' legatarii.

Nel caso in cui non vi fossero parenti nel grado successibile, nè figli naturali riconosciuti, nè coniuge superstite, il legatario a titolo universale dovrebbe ancor dimandare il rilascio allo Stato, dopochè questo avesse ottenuto l' immissione in possesso in conformità di quanto è prescritto nel titolo *delle Successioni.* Se vi fosse un figlio naturale riconosciuto, a lui ugualmente, ma dopo che avesse ottenuta la immissione in possesso, dovrebbe il legatario a titolo universale dimandare il rilascio, e per la medesima ragione se non sussistesse figlio naturale, ma fosse sopravvivuto il coniuge, il le-

gatario dovrebbe similmente dirigersi a lui, e dopo puranche di essere stato costui immesso in possesso. Il figlio naturale, il coniuge superstite e lo Stato sono, circa a quest' oggetto, *loco heredis*, allorchè non vi sieno parenti in grado successibile, legatario o donatario universale; essi son chiamati ai beni nell'ordine dalla legge stabilito; essi fan le veci di eredi; sono *successori irregolari*, è vero, ma sono successori: or l' art. 1011 c. c. =965 *ll. cc.* richiede che il legatario universale dimandi il rilascio agli eredi nell' ordine dalla legge stabilito sotto il titolo delle successioni, e la parola *eredi* è qui intesa in modo generico. Il legatario non può assegnare la porzione a sè medesimo, ma bisogna che abbia un contraddittore (1).

210. Il suddetto art. 1011 evidentemente suppone che possano esservi nel tempo stesso legato universale e legato a titolo universale, anche di una quota parte di tutti i beni, poichè non fa distinzione alcuna. Ciò potrebbe anche avvenire ancorchè vi sieno eredi a' quali fosse dalla legge riservata una quota de' beni.

Quando i due legati sieno stati fatti col medesimo testamento, se il legatario universale non raccolga, il legato a titolo universale riceve la sua esecuzione come se il primo non fosse stato fatto. Se il legato a titolo universale è quello che non riceve il suo effetto, il legato universale, il quale sarebbe stato da esso diminuito, cessa di esserlo.

(1) *V.* tomo VII, n.° 60.

Se i due legatarii raccolgano, il legato universale si trova ridotto per tale concorrenza, e noi vedremo di quanto. Non devesi distinguere qual sia quel legato il quale fu il primo scritto nell' atto, allorchè altronde cosa alcuna non indichi che il testatore volle rivocare o modificare la sua volontà espressa colla prima clausola.

Se le due disposizioni sieno state fatte con atti separati, di date diverse, ed il legato a titolo universale sia l'ultimo, esso rivoca il legato universale di tutta la quota o di tutta la specie di beni di cui si compone. Ma se sia posteriore il legato universale, allora si tratta di conoscere se mai rivochi assolutamente il legato a titolo universale, e questo punto sarà da noi discusso trattando della rivocazione de' legati.

Finalmente quando i due legati sieno fatti col medesimo atto, è d' uopo distinguere di quale specie sia il legato a titolo universale: se sia degl' immobili o de' beni mobili, ovvero di una quota parte degli uni o degli altri, esso diminuisce il legato universale di tutto ciò di cui si compone, giusta la regola *specialia generalibus derogant*; giacchè circa all' universalità de' beni, questo legato quantunque qualificato a titolo universale dal Codice, è nondimeno un legato speciale, poichè ha per oggetto soltanto una specie o una quota di una specie di beni. In tal caso il risultamento sarebbe lo stesso, sia che i due legati fossero stati fatti nel medesimo atto, sia che il legato a titolo univer-

sale fosse posteriore al legato universale: nelle due ipotesi, sarebbe una *delibazione* di quest' ultimo legato.

E diminuirebbe similmente il legato universale della quota di cui si componesse, quantunque fosse di una porzione di tutt' i beni indistintamente, se non fosse di una quota la quale eccedesse la metà; ma se la eccedesse, per esempio, se fosse de' due terzi o de' tre quarti, e le due disposizioni si contenessero nel medesimo atto, come noi il supponghiamo, il legato universale non sarebbe tuttavolta diminuito che della metà da questo legato a titolo universale. N' è semplice la ragione: il totale non può essere un dritto minore, nei risultamenti, di una quota di siffatto totale, qualunque essa sia. In fatti, se invece di essere dell' universalità, la disposizione fosse stata soltanto di una quota uguale a quella dell' altra, vi sarebbe stata divisione per uguali porzioni tra i due legatarii; vi sarebbe stata ugualmente divisione per uguali porzioni, se i due legati fossero stati ciascuno dell' universalità: dunque nella specie in esame, in cui una delle disposizioni non è che di una quota soltanto, ed in cui sono state fatte entrambe col medesimo atto, il legato a titolo universale non può essere in ultima analisi di una porzione maggiore di quella che deve avere il legatario universale.

Se avviene diversamente quando il legato a titolo universale di una porzione di beni indistintamente sia posteriore al legato universale, e sia di

una quota eccedente la metà, egli è perchè rivoca il legato universale di tutta la quota di cui si compone, col trasferimento da una persona ad un' altra, come lo spiegheremo più estesamente in appresso. In vece che quando le due disposizioni sono inserite nel medesimo atto, l' una non rivoca l' altra, purchè non vi sia contraria volontà del testatore; avvi soltanto concorrenza: *concursu eorum partes fiunt.* Or colui al quale fu donato l' intero con una disposizione speciale, deve almeno avere diritti uguali a chi ha soltanto una parte di questo intero, comunque grande sia tale parte. E se il risultamento può essere diverso ancora quando il legato a titolo universale sia di una specie di beni, per esempio, d' immobili, ciò è perchè evidentemente il testatore volle, nel caso di concorrenza de' due legatarii, distaccare gl' immobili dal legato universale; e siccome potè prevedere che il legatario universale non raccoglierebbe, fu utile in tale preveggenza di fare l' altro legato dell' universalità de' beni, in cambio di farlo de' mobili soltanto, perchè mancando il legato a titolo universale, il legato universale doveva restare coi suoi interi effetti, secondo la sua natura, poichè la circostanza che poteva diminuirne il valore non si sarebbe verificata.

211. Veruna disposizione della sezione del Codice che tratta de' legati a titolo universale si spiega sopra i frutti, mentre che gli art. 1005 e 1014 c. c. = *931 e 968 ll. cc.* ne parlano espressamen-

te: uno per ciocchè concerne il legato universale, l' altro per rapporto al legato a titolo particolare. Da tal silenzio surse la quistione se il legatario per metà de' beni, per esempio, che produca la sua dimanda di rilascio entro l' anno dalla morte del testatore, abbia dritto ai frutti per la sua parte, dal dì della morte, come il legatario universale nel medesimo caso; o se non vi abbia dritto in tutte le ipotesi, che dal giorno della sua dimanda di rilascio, ovvero dal giorno in cui il rilascio gli sia stato volontariamente fatto.

Devesi risolvere che il legatario a titolo universale di una quota de' beni ha dritto ai frutti dal dì della morte del testatore se produca la sua dimanda fra un anno a computar dalla morte; imperocchè la ragione la quale richiede che il legatario universale vi abbia dritto, quantunque vi sieno eredi cui spetta la riserva, è la medesima pel legatario di una porzione soltanto: in entrambi i casi l' eredità, come universalità, si aumenta de' frutti, ed il legatario che ha una quota in questa universalità, deve avere, pel medesimo motivo, una quota della detta universalità così aumentata. Lo stesso legatario universale non ha altra ragione in suo favore per aver dritto ai frutti; altronde non ha ugualmente che una quota quando vi sieno persone cui spetta la riserva, come si suppone. Poteva, è vero, avere il tutto, ma precisamente gli si accordano i frutti dal dì della morte nel caso in cui non evvi che una porzione dell' eredità, ed in cui non

è impossessato vie più di quel che il sarebbe un legatario a titolo universale: lo che ben dimostra di non avere il possesso alcuna influenza riguardo ai frutti.

Dovrebbe esser lo stesso nel legato de' mobili e circa ai frutti prodotti da questi mobili, come gl' interessi delle somme dovute, le annualità arretrate delle rendite, ec.: questi frutti aumentano la massa de' mobili legati, e per conseguenza il legatario il quale produce la sua dimanda di rilascio entro l' anno dal dì della morte deve avervi ugualmente diritto.

Ma il legatario degli stabili non può pretendere i frutti prodotti da questi medesimi stabili che a contare dal giorno della sua dimanda per rilascio (o dal giorno in cui volontariamente gli fu accordato), in qualunque epoca produca la sua dimanda, attesochè i frutti non possono aumentare la massa de' beni stabili, poichè separati una volta dal fondo, sono cose mobili. Si rimane dunque a loro riguardo nel dritto comune, secondo il quale i frutti non son dovuti ai legatarii che dal giorno della loro dimanda per rilascio, o dal giorno in cui fosse loro stato volontariamente accordato il rilascio, in conformità dell' art. 1014 c. c.=*968 ll. cc.*

Forse per ragione di siffatte distinzioni, le quali emergono dalla natura delle cose, e che sono fondate sopra i veri principii, i compilatori del Codice credettero di dover tacere sui dritti de' legatarii a titolo universale riguardo ai frutti, lasciando al-

la dottrina la cura di stabilire in quai casi fossero loro dovuti.

212. Il legatario a titolo universale, ugualmente che il legatario universale, è tenuto a soddisfare i debiti e pesi della eredità, personalmente per la sua porzione, ed ipotecariamente pel tutto (art. 1012 c. c. = *966 ll. cc.*); salvo in quest' ultimo caso il suo regresso contra gli eredi.

E bisogna assimilare ai debiti le spese funebri, quelle dell' ultima malattia, di apposizioni di sigelli, d' inventario ed altre analoghe: son desse tanti *pesi* dell' eredità.

Se dunque il legato a titolo universale sia del terzo de' beni indistintamente, il legatario è tenuto al terzo de' debiti, ed al terzo di ciascuno di essi, salve le transazioni che può fare cogli eredi o altri successori universali: non avvi dubbio su questo caso.

213. Ma se il legato sia di stabili o di beni mobili, ovvero di una quota degli uni o degli altri, per regolare la contribuzione del legatario ai debiti, è necessario di fare una stima, cioè un apprezzo de' beni compresi nel legato, proporzionatamente al valore degli altri beni: da ciò sorge che se formino il terzo dell' intero valore della eredità, il legatario è tenuto al terzo de' debiti; imperocchè i debiti non restano a peso soltanto di coloro che raccolgono i beni mobili, come avveniva in molte nostre antiche consuetudini, specialmente in materia di successione *ab intestato*: allora l' erede

ai beni mobili era il solo obbligato a soddisfare i debili mobiliari; questi debiti sono a peso di tutti i beni come nel caso di una eredità devoluta ad uno de' coniugi maritati in comunione, in cui i debiti di questa eredità non sono a peso della comunione che sino alla concorrenza della porzione contributiva de' mobili, avuto riguardo al suo valore paragonato a quello degl' immobili; art. 1414 c. c.

214. Del resto i creditori hanno sempre la loro intera azione contra gli eredi legittimi, i soli impossessati, e contra ciascun d'essi per la sua porzione ereditaria; salvo il regresso di questi ultimi contra il legatario, se sieno stati obbligati a pagare la sua porzione di debiti. Possono ancora non rilasciargli i beni componenti il legato se non quando dia loro valida cauzione che la sua porzione sarà esattamente soddisfatta. Infine i creditori possono procedere puranche contra il legatario, personalmente per la sua parte, ed ipotecariamente per lo intero, poichè questi è detentore de' beni, e non vi sono beni che dedotti i debiti.

Il dritto de' creditori a procedere contra ciascuno erede per la sua porzione ereditaria, non ostante l'esistenza del legato a titolo universale, è soprattutto incontrastabile quando questo legato sia soltanto di una specie di beni, come gl' immobili o i mobili, ovvero di una quota degli uni o degli altri; imperocchè non si può obbligargli a fare una stima per determinare quale sia la porzione che il legatario deve sopportare nei debiti: siffatta opera-

zione sarebbe per essi estremamente incomoda, e spesso ancora non avrebbero i mezzi di farla con esattezza; bisognerebbe a tal uopo di far eseguire stime, perizie, le quali generalmente non avrebbero anche dritto di domandare; mentre che essa può farsi facilmente tra gli eredi ed i legatarii. Ma la nostra opinione a tal riguardo si applica pure a tutti i casi, secondo ciò che dicemmo nel tomo VII, parlando del pagamento de' debiti creditarii.

215. Il legatario a titolo universale è tenuto, giusta l' art. 1012 c. c. = *966 ll. cc.*, *de' pesi* della eredità, personalmente per la sua porzione ed ipotecariamente pel tutto, per conseguenza è tenuto ai legati particolari; imperocchè questi legati sono pesi della eredità, secondo l' art. 724 c. c. = *645 ll. cc.* ed altri. Ma a tal proposito bisogna distinguere quali sieno le diverse specie di disposizioni, allorchè altronde il testatore non si spiegò.

216. Se il legato a titolo universale sia di una quota di tutti i beni, come il terzo, il quarto, il legatario è tenuto ai legati particolari nella proporzione della sua parte, ed in questo caso non può esservi alcun dubbio. Il risultamento è lo stesso, sia che si proceda al pagamento di questi legati per precapienza sulla massa, sia che ciascuna parte li paghi per la sua porzione; e questa precapienza deve necessariamente aver luogo pei legati di corpi certi, mobili o immobili: allora il di più si divide nelle proporzioni regolate dal testamento.

217. Ma se il legato a titolo universale sia degl'im-

mobili, per esempio, i legati speciali di beni della medesima specie sono a peso soltanto del legatario a titolo universale, come una *delibazione*, una diminuzione del suo legato; ed i legati di effetti mobili, per esempio de' mobili che guarniscono la tale casa, o della biblioteca del defunto, o di qualunque altro corpo certo e determinato, sono a peso di coloro che raccolgono i beni mobili. E *vice versa*, se il legato a titolo universale sia de' beni mobili, i legati particolari d' immobili rimangono a peso degli eredi legittimi soltanto, e quelli di determinati effetti mobili sono a peso del legatario a titolo universale.

In somma i legati di effetti lasciati come corpi certi e determinati restano a peso di coloro che hanno la generalità della classe di beni nella quale si trovano compresi questi effetti: *specialia generalibus derogant.*

218. Se vi sieno puranche legati di somme, e si trovi nella eredità bastante danaro per soddisfarli, essi rimangono a peso di coloro che raccolgono i beni mobili, anche quando questi legati fossero a termine o sotto condizione; imperocchè è presumibile che il testatore intese che il danaro contante che lasciava servisse al pagamento di questi legati; salvo volontà contraria da parte del disponente, lo che si stimerebbe secondo i termini del testamento.

219. Ma se non vi sia danaro contante nella eredità, o se quello trovatosi non basti a soddisfare i legati di somme, questi legati debbono

forse ugualmente rimanere per lo di più a peso soltanto di coloro i quali raccolgono i beni mobili; oppure ciocchè manca dev' essere ancora a peso di quelli i quali raccolgono gli stabili, in proporzione del valore rispettivo di tali diverse specie di beni, diffalcato sui beni mobili il danaro contante che fosse servito a soddisfare in parte questi legati di somme?

Se il testatore abbia espresso la sua volontà, sarà dessa seguita, senza pregiudizio del dritto delle riserve, le quali in tutte le ipotesi debbono essere intere; ma nel caso in cui non siasi spiegato a tal riguardo, la quistione è delicata. Da una parte si dirà forse che qualunque legato di beni mobili, o di somme, o di quantità, o di effetti legati *in genere*, o finalmente di corpi certi, debba essere a peso de' beni mobili in generale, come una *delibazione* de' medesimi, perchè la volontà del testatore fu probabilmente di gravarneli in più particolar modo degli stabili, ed intese che soltanto in caso d' insufficienza, i beni immobili contribuissero ancora al pagamento di queste diverse specie di legati. Ma dall' altra puossi dire che veruna cosa dimostra con bastante chiarezza la volontà del defunto a tal riguardo. Quando egli non lasci danaro contante nella sua eredità e faccia nondimeno legati di somme, non si scorge perchè gl' immobili non contribuirebbero al pagamento de' legati ugualmente che la sua mobiglia, la sua biblioteca, i suoi contratti di rendita, i suoi crediti, e gli altri suoi

effetti mobili, i quali nella loro generalità compongono ciocchè chiamasi *beni mobili*, ma che, considerati rispetto agli stabili, sono oggetti distinti, e non debbono in conseguenza essere gravati de' legati i quali non sono cose dipendenti dalla classe di cui si compongono, che come gl' immobili medesimi.

I legati di derrate sarebbero presi su quelle che esistessero nella credità; e se non ve ne fossero, si procederebbe come pei legati di somme.

220. L' art. 1013 c. c. = *967 ll. cc.*, il quale, come lo dicemmo, prevede ancora il caso di una specie di legati a titolo universale, prescrive che: « Quando il testatore non abbia disposto se non « di una quota della porzione disponibile, a titolo « universale, il legatario sarà tenuto a soddisfare « per contributo i legati particolari unitamente a- « gli eredi legittimi. »

Qui si suppone che vi sieno eredi ai quali si debba una riserva, poichè si parla del caso in cui il testatore dispose di una quota della porzione disponibile; imperocchè se non vi fossero eredi cui spettasse la riserva, non vi sarebbe *porzione disponibile*: tutto sarebbe disponibile.

Nondimeno se i figli o ascendenti che il testatore credeva di lasciare quando fece il legato di una porzione della disponibile soltanto, fossero morti prima di lui, o rinunziassero alla sua eredità, o fossero indegni, allora essendo la disponibile della intera eredità, il legato sarebbe per lo medesimo

motivo di una quota parte di tutta la eredità; ed i debiti e i legati particolari sarebbero soddisfatti senz' alcun dubbio dal legatario e dagli eredi legittimi, in proporzione de' loro dritti rispettivi, come nel caso in cui il legato sia fatto da principio in termini espressi di una quota di tutti i beni indistintamente.

Ma quando avvi luogo alla riserva, per esempio perchè avvi un figlio che si qualifica erede, ed il legato a titolo universale sia della metà della disponibile, la contribuzione ai debiti, di cui del resto non parla l' art. 1013 c. c. = *967 ll. cc.*, neppure presenta alcun dubbio; ma non è interamente così per la contribuzione ai legati particolari.

221. Primieramente rispetto ai debiti, siccome bisogna dedurli, almeno fittiziamente, per calcolare la porzione disponibile (art. 922 c. c. = *839 ll. cc.*), ed in conseguenza per calcolare la quota di siffatta porzione che è l' oggetto del legato a titolo universale, si adotterà l' uno o l' altro di questi due espedienti: o si dedurrà dalla massa de' beni, la massa de' debiti e pesi della eredità che sono assimilati ai debiti, come le spese di sepoltura, di apposizione di sigilli e d' inventario, e si calcolerà a quanto si trova determinato il legato a titolo universale, il cui rilascio sarà fatto in ragione di tale deduzione; o pure se i debiti non sono ancora scaduti, e non si creda opportuno di soddisfarli immediatamente, si divideranno i beni senza diffalcarne questi debiti, e ciascuno sarà te-

nuto a soddisfarne la sua parte in proporzione di quella che prenderà nella eredità.

222. Circa alla contribuzione ai legati particolari, supponghiamo una eredità di 100,000 franchi, dedotti tutti i debiti e pesi assimilati ai debiti, un figlio, un legato della metà della porzione disponibile, e 10,000 fr. di legati particolari.

Il legatario a titolo universale il quale nella specie non ha che il quarto della eredità, poichè non ha che la metà della disponibile, e la disponibile non è anch'essa che della metà della eredità; questo legatario, diciamo, non deve forse contribuire al pagamento de' legati particolari che per un quarto del loro valore, o 2, 500 fr. soltanto, oppure per la metà, o 5,000 franchi? Ciò è un domandare in altri termini se i legati a titolo particolare sieno un peso della intera eredità, ovvero soltanto della disponibile.

Se il testatore avesse fatto il legato della sua disponibile indefinitamente, i legati particolari, come già avemmo occassione di dirlo parecchie fiate spiegando gli art. 926 e 1009 c. c. = *843 e 935 ll. cc.*, sarebbero stati soltanto a peso del legatario di detta disponibile, poichè la riserva, per la natura medesima della disposizione, sarebbe stata al di fuori del legato, e questo legatario non avrebbe potuto dire ai legatarii particolari, e per applicazione dell'art. 926 c. c. = *843 ll. cc.*: Mi si fa soffrire una riduzione per somministrare la riserva, soffritene una anche voi, e proporzionatamente; im-

perocchè in fatti nulla gli sarebbe diffalcato, attesochè non gli verrebbe donato altro che la disponibile. Dunque per effetto del medesimo principio, il legatario di una quota soltanto della porzione disponibile deve pagare i legati particolari in proporzione di siffatta quota, per conseguenza nella specie deve pagare 5,000 fr. I legati di 10,000 fr., in somma, furon messi a peso della disponibile, e non a peso della intera eredità. Ciò è ancora dimostrato dalla combinazione degli art. 1012 e 1013 c. c. = *966 e 967 ll. cc.*; imperocchè se non bisognasse intendere l' ultimo in questo senso, la sua disposizione sarebbe superflua, mentre parlando il primo della contribuzione ai debiti ed ai *pesi* della eredità tra il legatario a titolo universale e gli eredi legittimi, avea già tutto determinato su tal riguardo nel senso dell' opinione contraria.

223. Del resto se fossero stati fatti legati di corpi certi, mobili o immobili, questi legati sarebbero a peso della intera eredità, nel senso che dovrebbesi fare una precapienza per calcolare la porzione disponibile, e quindi la quota che ne fu legata a titolo universale. In simil modo il legatario a titolo universale contribuirebbe alla loro soddisfazione come gli eredi legittimi, ma solamente in proporzione della sua parte confrontata alla loro. Il testatore non intese che la contribuzione potesse esser differente in tal caso; volle unicamente che i corpi certi fossero prelevati dalla massa, e

non che il legatario di una quota della disponibile fosse tenuto a soddisfare il valore di questi oggetti sulla sua porzione per una parte maggiore di siffatta quota paragonata al totale dell' eredità. Per esempio, se il testatore avesse legato a Paolo la sua casa o la sua biblioteca, ed a Giovanni la metà della sua disponibile, non avvi alcun dubbio che la quota della disponibile legata dovesse calcolarsi diffalcata la casa o la biblioteca, in modo tuttavia che la riserva, computata sopra tutti i beni, dedotti tutti i debiti (art. 922. c. c. = *839 ll. cc.*), fosse sempre intera.

SEZIONE IX.

De' legati particolari.

SOMMARIO.

224. *Divisione della sezione.*

§. I.

Quali sieno i legati a titolo particolare.

225. *Ogni legato che non è universale o a titolo universale, è un legato particolare.*

226. *Senza pregiudizio del legato universale o a titolo universale in usufrutto soltanto.*

227. *Il legato di tutte le mie vigne, di tutti i miei boschi, di tutte le mie case, è un legato particolare, quantunque in fatti io non avessi altri immobili.*

228. *È lo stesso del legato de' miei beni delle colonie o del tale dipartimento.*

229. *Ciocchè comprenda il legato de' beni che ho nel tale dipartimento, se me ne apparterranno in appresso in questo dipartimento.*

230. *Il legato di un dritto ereditario è anche un legato particolare.*

231. *Nel fatto un legato particolare può comprendere tuttociò che lascia il disponente : Esempio.*

232. *Sotto molti rapporti, devonsi assimilare i pesi imposti ad un legatario sui propri beni, a' legati fatti dal testatore.*

§. II.

Delle cose che si possono legare.

233. *In generale puossi legare qualunqne specie di beni che sono in commercio, mobili o immobili, corporali o incorporali.*

234. *Ma è necessario che la cosa legata sia pure nel commercio particolare del legatario : Esempio di un legato che sarebbe stato nullo prima della legge del 2 gennaro 1817.*

235. *Esempio di altro legato che oggidì sarebbe similmente nullo.*

236. *Del legato di una carica o del dritto di presentare un successore all' approvazione del Re.*

237. *Le somme da riscuotersi non vi sono necessariamente comprese.*

238. *Questi legati del pari che quelli di un fondo di commercio, de' dritti di autore, ed altri analoghi, fanno parte de' legati de' beni mobili.*

239. *Possonsi ancora legare fatti, purchè sieno leciti.*

240. *Del pari che cose indeterminate o quantità, purchè sieno determinabili.*

241. *Non è di rigore a tal uopo che il testatore lasci cose della specie di quelle legate.*

242. *Del legato di una delle case del testatore, di uno de' suoi fondi, ec.*

243. *Del legato di una cosa indeterminata che non si trova nel numero di quelle lasciate dal testatore : distinzione.*

244. *Il legato della cosa altrui è nullo presentemente, sia che il testatore abbia conosciuto o pur no che essa non gli apparteneva; dritto antico su tal punto.*

266. Secus *riguardo agli abbellimenti, e di un recinto di cui il testatore abbia aumentato il circuito.*

267. Quid *allorchè essendo stato legato un' aia per costruire, il testatore vi abbia fabbricato un edifizio? Divergenza di opinioni de' giureconsulti romani su tal punto; appresso noi si dovrebbe in generale inclinare per la validità del legato, il quale conterrebbe per conseguenza l' edifizio.*

268. *La cosa legata dev' essere rilasciata coi suoi accessorii necessarii, e nello stato in cui si trova nel giorno della morte del testatore.*

269. *Presentemente il legato di un fondo fatto senza riserva comprende gli animali inerenti alla coltura, non che gli altri effetti reputati immobili per destinazione.*

270. *Ciocchè comprenda il legato di una casa* con tutto ciò che vi si trova.

§. III.

Dell' effetto de' legati particolari.

271. *In qualsivoglia legato il dritto del legatario si trasmette a' suoi eredi, quando egli lo raccolse.*

272. *Il legatario particolare è obbligato di domandare il rilascio, e nell'ordine stabilito dall'art. 1011 c. c.; non ha dritto ai frutti che dal giorno in cui fu prodotta la sua dimanda, o dal giorno in cui gli fu esso volontariamente accordato.*

273. *Due eccezioni.*

274. *A carico di chi sieno le spese della dimanda ed i dritti di registro.*

275. *Il legatario particolare non è tenuto ai debiti, salvo l' effetto dell' ipoteca, nel qual caso ha il suo regresso come per dritto.*

224. 1.° Quali sieno i legati a titolo particolare;
2.° Quali cose possansi legare;
3.° Quali sieno gli effetti di questi legati.

§. I.

Quali sieno i legati a titolo particolare.

225. Secondo gli art. 1005, 1010 e 1013 c. c. = *929, 964 e 967 ll. cc.* insiem combinati, qualunque legato che non sia dell'universalità o di una quota dell'universalità de'beni, della disponibile o di una porzione della disponibile, o di tutti i mobili ovvero di tutti gl' immobili, o infine di una quota parte degli uni o degli altri, è un legato a titolo particolare.

226. Ma come il dicemmo, giusta gli art. 610, 611, 612 c. c. = *535, 536 e 537 ll. cc.*, e 942 c. pr. = *1018 ll. pr. civ.*, vi possono essere legati universali o a titolo universale ***in usufrutto*** che non bisogna confondere, anche nella teorica, coi legati a titolo particolare; imperocchè gli effetti degli uni e degli altri non sono gli stessi in tutti i punti, specialmente per ciò che concerne i debiti, cui i legatarii a titolo particolare non sono tenuti, mentrechè i legatarii universali o a titolo universale in usufrutto ne son tenuti sotto un rapporto, come è stabilito nel precitato art. 612.

227. Il legato di una somma, di un credito contra un terzo, di un'azione in una compagnia di finanza o d'industria, di un interesse in una società di commercio (1), di un cavallo, di un fon-

(1) Pel caso in cui il testatore legò ad uno i suoi immobili, ed all' altro i suoi mobili, o legò semplicemente i suoi beni mobili, e la società comprenda immobili, *v.* quanto si disse nel tomo IV n.° 123 e seguenti, sull'art. 529 c. c. = *454 ll. cc.*

do, di una casa, ec., forma dunque un legato particolare.

È lo stesso del legato di tutte le mie vigne, di tutte le mie case, di tutti i miei boschi, ancorchè io non avessi altri immobili che vigne, case o boschi. Me ne potevano pervenire, e non sarebbero stati compresi nel legato.

Il legato de' *mobili*, senz' altra giunta o indicazione, neanche comprenderebbe le cose menzionate nell' art. 533 c. c. = *458 ll. cc.*, ben lungi di comprendere tutto *il mobile* o tutti *i beni mobili.* Determinammo il senso di questa espressione, *mobili*, usata da sè sola nelle disposizioni dell' uomo, senz' altra giunta o indicazione, nel tomo IV, n.° 166 a 180. Non ritorneremo sopra tal punto, bastando quanto dicemmo a tal riguardo.

228. Il legato di tutti i miei beni delle Colonie, di tutti i miei beni di Linguadoca non forma pure che un legato particolare, anche quando io non avessi altrove altri beni che nelle Colonie, o nella Linguadoca. Poteva acquistarne in altra parte, che per conseguenza non sarebbero stati compresi nella disposizione. Io poteva ancora averne altrove all' istante in cui faceva il mio testamento, senza che il sapessi.

229. Se lego tutti i miei beni che *io ho* nel tale dipartimento, e poscia si apra a mio favore una successione contenente beni situati in questo dipartimento, tali beni non faranno parte del legato; giacchè esso era determinato ai beni che *io aveva*

nell' indicato dipartimento al tempo in cui disponeva.

Ma se fosse detto: « Lego tutti i beni che *lascerò* nel tale dipartimento,» i beni provvegnenti dalla successione si troverebbero compresi nel legato; imperocchè poteva comprenderveli, poichè la mia disposizione non doveva avere effetto che per l' avvenire. L' art. 1130 c. c. = *1084 ll. cc.* non farebbe alcun ostacolo a siffatta risoluzione.

230. Vie maggiormente il legato di una successione già aperta è un legato particolare. Ma sebbene il testatore avesse già fatto atto di erede, e fosse così divenuto personalmente debitore verso i creditori della successione, il legatario non sarebbe men tenuto a soddisfarne i debiti, in discarico degli eredi del testatore, come sarebbe tenuto a farlo un compratore dell' eredità; art. 1698 c. c. = *1544 ll. cc.* Non vi sono beni che dedotti i debiti, e legando il testatore la eredità a lui devoluta, intese di legarla tal quale si componeva.

231. Può infine avvenire che un legato particolare comprenda effettivamente tutti i beni del disponente. Tale sarebbe il caso in cui una donna maritata in comunione e non avendo beni proprii, legasse i suoi dritti in siffatta medesima comunione: questo non sarebbe ancora che un legato particolare, giusta i motivi di sopra enunciati, ma un legato il cui emolumento si diminuirebbe virtualmente non solo della porzione della testatrice nei debiti della comunione, ma ancora di

tutti quelli che fossero a suo peso personale, per esempio le multe cui fosse stato condannato (art. 1424 c. c.); imperocchè i debiti debbono pagarsi sempre prima de' legati: *nemo liberalis nisi liberatus.* Vi sarebbe tuttavia questa differenza tra i debiti della comunione e quelli che fossero personali alla testatrice, che pei primi il legatario in tutti i casi dovrebbe sopportare la parte contributiva della moglie, mentrechè non sarebbe tenuto de' debiti personali a quest' ultima e non caduti a peso della comunione, se non quando nessuno si dichiarasse erede puro e semplice della testatrice. Salvo del resto in tutte le ipotesi il dritto degli eredi cui spetta la riserva, se ve ne fossero.

232. Avvi ancora un' altra specie di disposizione particolare che non si è messa nel numero de' legati fatti a questo titolo, e che può nondimeno essere assimilata ai legati particolari propriamente detti. È dessa quella con la quale il testatore impone al suo erede, o anche al suo legatario, chiunque sia, il peso di fare qualche cosa per un terzo, o di dargli, contare o pagare una data cosa dai proprii beni. Per esempio, « io lego la mia casa a « Paolo, col peso (o a condizione) che costituirà « una rendita vitalizia di cento franchi a suo ni- « pote Filippo. » Abbenchè Filippo non riceva direttamente la rendita sopra i miei proprii beni; abbenchè questa rendita non sia una *delibazione* della mia eredità, e per lo stesso motivo un vero legato, tuttavolta sono io in effetti il benefattore, e

per questa ragione è necessario che Filippo sia capace di ricevere da me; altrimenti non vi sarebbe cosa più facile che di eludere le leggi sulla incapacità. E come il dicemmo precedentemente, non potrebbe essere testimone nel testamento per atto autentico. Ma spiegheremo in appresso l' effetto di questi *pesi.*

§. II.

Delle cose che possonsi legare.

233. Puossi in generale legare ogni specie di beni, mobili o immobili, purchè sieno in commercio. Possonsi legare per conseguenza cose incorporali, come un credito, un dritto di usufrutto, di uso o di servitù.

234. Bisogna tuttavolta che la cosa legata sia pure nel commercio particolare del legatario, cioè che possa averla e goderne. Da ciò emerge che il legato d' immobili fatto ad uno stabilimento ecclesiastico prima della legge del 2 gennaro 1817 (1), (e dopo le leggi della rivoluzione), sarebbe stato nullo. Non sarebbe anche valso per la stima, menochè la stima non fosse stata ancora legata.

235. Similmente se si legasse ad un individuo che è semplicemente possessore di un fondo, e che ne vien creduto proprietario, un dritto di servitù per tale fondo, e questo possessore fosse evinto

(1) *V.* tomo IV, n.° 218 e seguenti.

prima che la servitù potesse acquistarsi dal fondo coll' uso (1), il legato sarebbe nullo; talchè il legatario non potrebbe di poi far transazioni intorno alla servitù con chi l' ha evinto.

Nulla impedirebbe del resto di legare ad un individuo non ancora proprietario di un fondo, un dritto di servitù per tale fondo nel caso in cui l' acquistasse. Sarebbe questo un legato condizionale, e verificandosi la condizione, il legato riceverebbe il suo effetto come negli altri casi (2).

236. La legge di finanza del 1816 autorizzò i funzionarii pubblici soggetti ad una cauzione, come i notari, patrocinatori, ec., e che avessero somministrato il supplemento di cauzione determinato da quella legge, a presentare un successore all' approvazione del Re; in guisa che le cariche sotto tal rapporto addivennero cedibili, e per conseguenza posson esser legate, nel senso che il legatario avrà il dritto di presentare, a suo vantaggio, un successore all' approvazione del Re. Importerebbe poco che il testatore avesse semplicemente detto che legava la sua carica, o pure avesse detto che legava il dritto di presentazione; questo dritto nella prima clausola sarebbe compreso nel legato della carica, perchè il legato della carica medesima non può essere altra cosa.

237. Ma il legato di una carica di notaio, per esempio, non comprenderebbe necessariamente le

---

(1) *V.* su tale acquisto, tomo V, n.° 591.

(2) *V. ibid.*, n.° 443.

somme da riscuotersi per atti o anticipazioni fatte nel giorno della morte del disponente. Converrebbe a tal riguardo interpetrare la volontà del defunto dai termini del testamento; e nel silenzio dell' atto su questo punto, le dette somme non sarebbero comprese. Anticamente in cui la maggior parte degli ufizii erano dritti sopra immobili, non si riguardava *la pratica* e le somme da riscuotersi come un accessorio della carica, poichè erano effetti mobili (1); mentrechè se fossero stati un accessorio della carica, avrebbero partecipato della sua natura. Per la medesima ragione non si dovrebbe dire oggidì che il semplice legato della carica o del dritto di presentazione produca necessariamente, come accessorio, le somme da ricuperarsi.

258. Le cariche considerate come contenenti il diritto di presentare un successore, sono attualmente cose mobili: donde segue che esse fan parte del legato de' beni mobili; ed è lo stesso di un fondo di commercio, dei dritti di autore, de' privilegi inerenti ai brevetti d'invenzione, e di qualunque dritto sulle produzioni dello spirito e del talento (2). Il tutto salvo volontà contraria da parte del testatore.

259. Possonsi ancora legare *fatti*, purchè sieno possibili e leciti. Per esempio: « Paolo, mio erede, « costruirà a sue spese un muro per chiudere il « giardino di Filippo ». È questo un peso che io

(1) *V.* tomo V n.° 162.

(2) *V.* tomo IV, n.° 160 a 166.

impongo al mio erede, e lo posso, non importa che Paolo sia mio erede *ab intestato* o testamentario.

240. Possonsi ancora legare cose indeterminate, o quantità, purchè tuttavolta sieno determinabili (a).

Esse sono determinabili colla indicazione di un genere, o colla misura o col numero.

Ma in dritto il *genere* non si prende, come nel linguaggio de' naturalisti, per *summum genus*; s' intende di una classe facente parte essa medesima di uno de' tre *generi* o regni della natura. Quindi il legato di un animale sarebbe nullo; imperocchè il debitore del legato potrebbe soddisfarlo col più vile insetto, lo che in realtà toglierebbe al legato

(*a*) Il legato dei libri, dei quadri e degli oggetti di antichità, che non appartengono, ai termini della legge 12, §. 16, ff. *de instructo.*, al legato delle suppellettili ed al legato del fondo istrutto, comunque contenga oggetti che hanno una indeterminata, vaga e generale significazione, viene però questa tracciata dalla legge. In effetti nelle sentenze di Paolo (lib. 5, tit. 6, §. 87) e nella legge 52, ff. *de legat 3*, si definisce il legato dei libri.

È qui opportuno pure l' avvertire che non di rado talune qualità del legatario valgono come di una interpretazione del legato. Così *si quis forte chartas reliquitur studiosus studioso*, si presumeva, secondo che dicesi nel §. 4 della citata legge 52 ff. *de legat. 3*, di aver legati i libri che si trovano nella eredità; e questa interpretazione davasi, siccome osserva Cuiacio nella *consultazione 35*, non per ridurre il legato, ma per renderlo più esteso, ossia per supplire colle congetture il senso incerto del legato. Nell' istesso modo nella legge 27 §. 2, e 5 ff. *de instr. vel instrum. legato*, si estende la congettura a favore del legatario per causa dell' affinità col testatore, per cui il *Pothier* nel detto titolo n.° 62 dice: *dum tamen ob conjunctionem personæ, cui relictum est legatum, magis porrigetur.* Trad.

qualunque oggetto, togliendogli qualunque valore. Mentrechè il legato di un cavallo, di un bue, è validissimo.

Parimenti un legato di grano, di vino, senz'altra determinazione, sarebbe nullo, perchè l'erede potrebbe liberarsi consegnando un acino di grano o una goccia di vino; or nell'ordine morale, *quasi nulla* e *nulla* non differiscono.

Ma il legato del grano o del vino che sarà annualmente necessario ad un tale per lui, o per lui e la sua famiglia, è validissimo, perchè la quantità legata si può benissimo determinare.

Pei giureconsulti, la specie, *species*, è l'*individuo*; mentre che nelle scienze, la specie è una classe, una categoria d'individui dipendenti da un genere più elevato, più esteso. Nel Codice, la parola *specie* ora è intesa nel primo senso, ora nel secondo; vieppiù nel medesimo articolo (1246 c. c. = *1199 ll. cc.*) si vede usata nell'uno e nell'altro significato.

241. Abbenchè non si possa, secondo il Codice (art. 1021 c. c. = *975 ll. cc.*), validamente legare la cosa altrui, nondimeno nulla impedisce di legare la tale cosa che non si avesse in ispecie nel suo patrimonio; ma a siffatto riguardo bisogna distinguere, in ragione delle diverse specie di cose.

Per quelle che sono legate come *quantità*, per esempio una somma di danaro, cento tomola di grano, dieci botti di grano, dieci botti di vino, ec., il legato non è men valido, quantunque il testatore

non lasciasse alcuna di queste cose ne' suoi beni. Non puossi dire in fatti di aver egli legato le cose altrui, poichè precisamente esse non appartengono ad alcuno. Il legato della cosa altrui non può ragionevolmente intendersi che del legato di una cosa determinata ed appartenente ad un terzo. Legando queste cose, il testatore dunque impose soltanto al suo erede l' obbligo di procurarsene simili, se non ne abbia, per consegnarle al legatario. È questo un semplice peso, e non altro.

242. Riguardo a quelle che sono legate come *corpi*, per esempio un territorio, una casa, una nave, un cavallo, se il testatore ne possegga simili ne' suoi beni, come allorchè abbia detto: *Io lego uno de' miei fondi, una delle mie case*, ec., il legato è senza dubbio ugualmente valido (1). Soltanto la scelta appartiene all' erede, se non siasi riservata al legatario.

243. Se la cosa legata non si trovi nel numero di quelle che ha il testatore nei suoi beni, allora bisogna distinguere: o questa cosa appartiene ad una classe o specie, i cui individui hanno un valore comune generalmente determinabile, quantunque vi sieno altronde differenze più o meno considerabili nel valore rispettivo di ciascuno di essi; oppure l' oggetto legato è compreso sotto il nome dato ad una classe di cose il cui valore non ha una base comune e determinabile.

(1) *V.* Vinnio sul §. 22, Instit. *de legatis*, ed i testi da lui citati in sostegno.

Nel primo caso il legato è valido, nel secondo è nullo, non come legato della cosa altrui, giacchè non essendo determinata non appartiene ad alcuno, ma come derisorio.

Così il legato di un cavallo in generale, quantunque il testatore non ne abbia ne' suoi beni, è validissimo; è un peso imposto all'erede di comprarne uno per darlo al legatario. Giammai nel dritto romano si riguardò questo legato come il legato della cosa altrui, e giammai pure si dubitò della sua validità (1).

Al contrario riguardavasi come derisorio il legato di una casa o di un fondo in generale fatto senz' altra spiegazione, allorchè il testatore non lasciava nè case, nè fondi; e nondimeno il legato della cosa altrui era lecitissima: *quod si nullas ædes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum*; l. 71; *princip.*, ff. *de legatis* 1.°

In fatti non vi è nelle case e nei fondi un valore ordinario e per così dire comune, come nei cavalli ed altre cose simili. Tra una casa ed un'altra, tra un fondo ed un altro, può darsi che non sussista alcuna proporzione, e che la differenza sia simile a quella che vi ha *inter viburna et cupressos.* Potrebbero esser dati dall'erede una miserabile capanna, qualche tesa di sterilissimo terreno. Un tal legato non ha dunque *certam finitionem*, come dicono i dottori, e per la stessa ra-

(1) Vinnio, di sopra, *loco citato.*

gione è nullo, se il testatore non lasciò case o fondi i quali limitano così l'indeterminazione della liberalità, o se non istabilì almeno approssimativamente un valore alla casa o al fondo che intese di legare (1).

244. Abbiam detto che secondo il Codice (art. 1021 c. c. = *975 ll. cc.*) il legato della cosa altrui è nullo, ed è nullo sia che il testatore abbia o pur no conosciuto che non gli apparteneva; mentre che secondo il dritto romano (2), seguito in tal punto nella nostra antica giurisprudenza, il legato era valido, purchè il testatore avesse saputo che legava la cosa altrui (3). Ed essendovi controversia su tal punto, spettava al legatario, come attore, il far la pruova (4).

L'effetto di questo legato consisteva unicamente in quanto che se l'erede non voleva o non poteva procurarsi la cosa per consegnarla al legatario, gliene doveva la stima (5); ma il terzo proprietario non era per ciò obbligato a disfarsi della pro-

(1) Vinnio, *eodem loco*, fondandosi sulla comune opinione degl' interpetri.

(2) §. 4, Instit. *de legatis.*

(3) Imperocchè se l'avesse ignorato, forse non avrebbe voluto gravare il suo erede dell'obbligo di comprare la cosa per darla al legatario: *Forsitan enim, si scivisset alienam rem esse, non legasset.* Ma quando lo sapeva, non eravi più dubbio sulla sua volontà. Che anzi qualora si poteva naturalmente supporre che avrebbe fatto il legato anche quando fosse stato consapevole di esser dessa la cosa altrui, questo legato era valido: per esempio allorchè lo aveva fatto a vantaggio di sua moglie, o di un prossimo parente; L. 10, Cod. *de legatis.*

(4) *Dict.*, §. 4.

(5) *Ibid.*

pria cosa suo malgrado, e per conseguenza non era la *disposizione* della cosa altrui, come si disse tanto inconsideratamente per giustificare questa innovazione (1); ma era semplicemente un peso imposto all' erede. Tuttavolta siccome la validità di tale legato dipendeva dalla pruova che il testatore aveva conosciuto di essere la cosa altrui, e questo punto spesso dava luogo a dubbii, puossi sotto tal rapporto, ma unicamente sotto di esso, giustificare l' espediente preso a siffatto riguardo dagli autori del Codice rigettando queste specie di disposizioni. Ma eziandio allorquando non potrà elevarsi alcun dubbio, a ragione del modo con cui il testatore si sarà espresso, bisognerà tenere per valido il legato, benchè in apparenza avesse compreso in siffatta disposizione la cosa altrui. Tali sono specialmente i casi seguenti.

245. « Incarico Paolo, mio legatario universale, « di procurarsi la casa di Giovanni entro l' anno « della mia morte, per darla a mio nipote Filip- « po; e qualora ciò ottener non potesse, sborserà « a quest' ultimo dieci mila franchi ».

Oppure: « Sapendo che Filippo mio nipote ha « bisogno della tale casa che si vende, incarico « il mio erede di somministrargli una somma ba-

---

(1) *Questa innovazione*, in dritto civile tuttavia; giacchè il dritto canonico neanche ammette tai legati; *Cap. 5 de testamentis*. Ma ciò perchè non ben si riflettè alla loro vera natura ed ai loro effetti: si risguardò l' apparenza, anzi che esaminare il merito delle cose.

« stante per comprarla colle migliori possibili con-
« dizioni ».

Ovvero puranche, e più semplicemente: « Le-
« go a Filippo mio nipote, la casa di Giovanni,
« o dieci mila franchi ».

O, « Lego a mio nipote Filippo dieci mila fran-
« chi, o la casa di Giovanni ».

Oppure finalmente: « Il mio erede darà a mio
« nipote Filippo la casa di Giovanni, o gli pa-
« gherà il valore di essa ».

In tutti questi casi il legato è validissimo, giacchè produce semplicemente un' obbligazione alternativa: ora nelle obbligazioni alternative, quantunque una delle cose che ne fanno la materia non potesse esservi compresa, l'obbligazione non è men valida per quel che rimane; art. 1192 c. c. = *1145 ll. cc.* E siccome quello che ha per oggetto la somma de' dieci mila franchi, o la somma corrispondente al valore della casa, poteva indubitatamente essere imposta all'erede, anche *ab intestato*, indubitatamente ancora il legato è valido. Tuttavolta in sostanza il legato della cosa altrui non era che questo, eccetto che in tutti i casi in cui era valido, perchè il testatore conosceva che la cosa non gli apparteneva, l'erede doveva la vera stima della cosa quando non la consegnava in ispecie, mentrechè in qualcuna delle sopraenunciate ipotesi, avendo il testatore stabilito una somma, questa somma soltanto sarebbe dovuta.

246. Il Codice stesso sancisce chiaramente siffatta dottrina con due disposizioni.

Quindi, giusta l'art. 1020 c. c. = *974 ll. cc.* (a), allorchè la cosa legata è gravata di un usufrutto a vantaggio di un terzo, ed il testatore ha ordinato al suo erede di renderla libera, questi deve farlo; se non gli riesca ciò ottenere, perchè l' usufruttuario non volesse cedere il suo dritto, deve evidentemente pagare al legatario il valore dell' usufrutto, altrimenti la disposizione potrebbe divenire insignificante. Or il legato della cosa altrui nelle antiche regole non aveva altro effetto.

247. Secondo l' art. 1423 c. c. = *1404 ll. cc.*, quando il marito abbia legato un oggetto dipendente dalla comunione, se quest' oggetto colla divisione cada nella porzione della moglie, il legatario, è vero, non può reclamarlo in ispecie, ma glien' è dovuto l' intero valore dagli eredi del marito, o sulla loro parte della comunione, o sugli altri beni del lor autore. E nondimeno la divisione, in materia di comunione come in materia di

(*a*) Si credeva da alcuni che tra l'articolo 1020 e l' articolo 874 dell' abolito Codice civile francese vi fosse un' antinomia. A fine di allontanare quest' idea, nell' art. 992 del progetto (corrispondente al suddetto articolo 974 delle leggi civili) si rifusero le disposizioni de' suddetti due articoli dell'abolito codice civile francese, distinguendosi chiaramente l' obbligazione di estinguere il debito, il cui termine del pagamento sia scorso, dalla conservazione, o purgazione dell' ipoteca sul fondo legato durante il termine nel quale il debito non è esigibile. In tal guisa nel mentre il legatario non può pretendere chè il fondo sia purgato dell' ipoteca imposta dal testatore, quando questi non l'abbia ordinato, lo stesso legatario tenuto al pagamento del debito può ripetere però il rimborso da' successori universali del defunto, dappoichè il legatario particolare non obbligato al pagamento de' debiti ereditarii subentra nel dritto e nel grado de' creditori ereditarii, che ha soddisfatto. Trad.

credità, è semplicemente dichiarativa della proprietà (art. 1476 e 885 c. c. = *803 It. cc.*): donde sembrerebbe di risultare che per effetto dell'avvenimento il marito si trova di aver legato la cosa di sua moglie, cioè la cosa altrui.

Ma da una parte i dritti della moglie sono interamente rispettati: il legato non li lede in menomo modo, poichè il legatario, giusta il detto art. 1423, non può domandare la cosa in ispecie se non quando colla divisione cada nella porzione degli eredi del marito; e d'altra parte si reputa di aver costui legato sotto un'alternativa: o l'oggetto stesso, nel caso che cadesse nella porzione de' suoi eredi, o il suo valore, nel caso contrario. Non potè avere in fatti un'altra volontà; e se avesse legato espressamente in questi termini, nessuna plausibile ragione potrebbe allegarsi contro la validità di siffatta disposizione. Ora il supporre una simile intenzione da sua parte è eminentemente naturale in simil caso, giacchè non può elevarsi alcun dubbio, come quando un testatore lega semplicemente la cosa di un terzo, nel qual caso egli forse non avrebbe fatto il legato, se avesse saputo di essere cosa altrui; e questo punto non puossi sempre stabilire con certezza.

Si potrebbe dire ancora che il marito era proprietario della comunione, salvo la facoltà che avea la moglie di prendervi parte accettandola; e questa dottrina si fonderebbe sull'art. 1475 c. c. esaminato; ma essa spiega assai men naturalmente, a

creder nostro, la disposizione del precitato art. 1423.

248. Se il comproprietario di un fondo, per esempio, leghi semplicemente la sua parte o i suoi dritti nella cosa comune, non può esservi dubbio se l'immobile sia ancora posseduto in comune al momento della sua morte. Il legatario è sostituito in sua vece, ed è desso in conseguenza quello il quale si trova in comunione cogli altri comproprietarii. Nello stesso dritto romano, questo legato non avrebbe compreso se non la parte del testatore, quantunque il medesimo si fosse servito delle espressioni *mio fondo*. La l. 5, §. *ult.*, ff. *de legat.* 1.° lo dichiara espressamente, attesochè il testatore, dicendo *mio fondo*, si reputa di aver voluto legare soltanto i dritti o la parte che aveva in questo fondo. Quindi la regola che rendeva valido il legato della cosa altrui non era applicabile a questo caso.

Ma se la comunione sia cessata in vita del testatore per una cagione qualunque, allora bisogna distinguere. Si possono presentare tre ipotesi.

O il fondo è stato diviso, ed il testatore possiede al tempo della sua morte la parte a lui spettata;

O il testatore ha venduto la sua parte ad un terzo o al suo comproprietario, o pure il fondo è stato venduto all'incanto, e quest'ultimo si è renduto aggiudicatario (1);

(1) Se fosse un terzo, non vi sarebbe il menomo dubbio di esser questa un'alienazione propriamente detta, e per conseguenza una rivocazione del legato, giusta l'art. 1038 c. c. = 993 *ll. cc. V.* nel tomo VII, n.° 520.

O infine, nel medesimo caso, il testatore si è renduto aggiudicatario o ha semplicemente comprato la parte del suo comproprietario.

Nella prima ipotesi, il legatario ha dritto alla porzione del fondo che spettò al testatore: è dessa una parte materiale sostituita ad una parte intellettuale, ed il testatore si reputa di non aver avuto mai altra che quella (art. 883 c. c. = *803 ll. cc.*), e per conseguenza egli ciò ha legato.

Nella seconda ipotesi, il legato si trova rivocato, anche quando il testatore abbia cessato di essere proprietario per effetto di vendita all' incanto, e siasi renduto aggiudicatario il suo condomino; giacchè in tal caso, sia che si consideri l' aggiudicazione come un' alienazione, lo che renderebbe applicabile l' art. 1038 c. c. = *993 ll. cc.*, sia che si voglia stare alla finzione dell' art. 883 c. c. = *803 ll. cc.*, il quale farebbe supporre che il testatore non ebbe mai dritto di proprietà nel fondo, e per conseguenza che fece il legato della cosa altrui, è vero il dire di non esservi più legato. In fatti egli non legò il prezzo della parte che aveva nella cosa al tempo in cui faceva testamento, e non potrebbe esservi sostituzione di questo prezzo alla cosa. La surrogazione ha luogo soltanto nei casi determinati dalla legge: or lungi di ammetterla in quello di cui si tratta, la legge la rigetta espressamente in siffatta materia; medesimo art. 1038. Ma è più vero il dire che la vendita all' incanto è un atto di alienazione rispetto ai terzi come al legatario.

Nella terza ipotesi il legato sussiste senza dubbio ancora, ma sussiste soltanto per la porzione che aveva il testatore nella cosa legata nel tempo del suo testamento. Nel medesimo caso in cui fosse divenuto proprietario dell' intero per effetto di vendita all'incanto, non si presumerebbe di aver voluto legare altra cosa. L' art. 883 c. c. = *803 ll. cc.* non potrebbe essere rivocato dal legatario, per pretendere che reputandosi il testatore, mediante l' aggiudicazione fatta a suo vantaggio, di essere stato proprietario del fondo per intero fin dal principio, si reputa per lo stesso motivo di non avergliclo legato per intero, legandogli la parte che allora aveva in questo fondo: non potrebbe anche pretenderlo nel caso in cui il testatore gli avesse legato i *suoi dritti* in modo indefinito; imperocchè l' effetto e l' estensione di un legato si misurano sempre sulla volontà del testatore: ecco perchè nello stesso dritto romano, il quale ammetteva tuttavia il legato della cosa altrui, il testatore proprietario in parte soltanto, si reputava di non aver legato che la sua parte nel fondo, sebbene avesse detto: *Lego meum fundum.* Or nella specie puranche il testatore evidentemente non intese legare se non i dritti che aveva nel momento in cui disponeva. La finzione dell' art. 883 c. c. = *803 ll. cc.* non riguarda che i comproprietarii tra loro, come il dimostrammo esaminando questo articolo. Tal caso non è simile a quello in cui il testatore abbia fatto abbellimenti o costruzioni sullo stabile

legato, o al legato di un fondo chiuso di cui abbia aumentato il recinto; avvi maggiore analogia al contrario con quello in cui il testatore abbia aumentata la proprietà dello stabile legato per mezzo di acquisti; tali acquisti, ancorchè fossero contigui, non fan parte del legato, senza una nuova disposizione; art. 1019 c. c. = *973 ll. cc.* Neanche puossi paragonare questo caso con quello in cui il marito legò un effetto della comunione, giacchè in quest' ultimo caso volle evidentemente legare simile effetto per intero, o il suo valore, sotto alternativa.

Laonde crediamo che quantevolte il marito fosse sopravvissuto alla moglie, ed avesse così legato espressamente una cosa della comunione, la quale non si trovasse ancora divisa nel tempo di sua morte, la cosa sarebbe dovuta per intero al legatario nel caso in cui cadesse nella porzione degli eredi del marito; e nel caso contrario, gli sarebbe dovuta la stima. Legando in tal modo un effetto dipendente da una universalità nella quale ha una parte, il testatore si reputa di aver voluto dare al legatario la cosa medesima, o ciocchè gli eredi avrebbero in sua vece nella comunione. La legge lo suppone nella ipotesi preveduta nell' art. 1423 c. c. = *1404 ll. cc.*, la quale è quella in cui la comunione si scioglie colla morte del marito, ma la ragione è assolutamente la stessa nel caso in cui ciò avvenga per la morte della moglie. Non devesi dunque a tal riguardo fare alcuna distinzione

tra il caso in cui il testamento sia posteriore allo scioglimento della comunione, e quello in cui sia anteriore a siffatto scioglimento.

Se la divisione si fosse fatta col marito, la cosa fosse spettata alla sua porzione e si trovasse ancora ne' suoi beni nel momento della sua morte, il legatario potrebbe dimandarla in ispecie. Se la cosa fosse caduta nella porzione degli eredi della moglie, il legato si troverebbe rivocato, per applicazione di quanto sopra si è detto.

249. Queste diverse risoluzioni potrebbero applicarsi ancora al caso in cui un coerede legasse una cosa della eredità non ancora divisa.

250. E non si scorge perchè la moglie medesima non potrebbe, al par del marito, legare una cosa della comunione; perchè l' art. 1423 c. c.= *1404 ll. cc.* non sarebbe ugualmente seguito in questo caso. Non vi sarebbe alcuna solida ragione di annullare un simile legato, e di non accordargli i summenzionati effetti. Nulla induce a credere che questo articolo sia conceputo in senso ristrettivo. Nessuno porrebbe in dubbio la validità del legato che la moglie facesse de' suoi dritti nella comunione, quantunque il marito vivesse ancora: quindi perchè non potrebbe essa al pari di lui legare un effetto della comunione, poichè con ciò non lederebbe in alcun modo i dritti del marito, non meno che questi, facendo un tale legato, non lede quelli di sua moglie? Altronde ciò che essa potrebbe indubitatamente fare nel caso in cui la

comunione fosse già sciolta colla morte del marito, può ben farlo ancora in quello in cui questa comunione è per disciogliersi colla propria morte.

251. Il legato poi della cosa dell' erede era valido nel dritto romano, sia che il testatore avesse saputo o pur no che era cosa del detto erede. Costui non poteva anche dispensarsi dal consegnarla al legatario offrendogliene la stima, ammenochè quest' ultimo non si contentasse (1). Appresso noi tale legato sarebbe ugualmente valido nel caso in cui il testatore avesse saputo positivamente di esser dessa la cosa dell' erede, quando anche non avesse dichiarato espressamente che intendeva di legare la cosa come cosa del suo erede: sarebbe questo un peso che gli avrebbe imposto; e la disposizione sarebbe valida, sia che fosse la cosa dell' erede legittimo, sia che fosse quella di un erede istituito o legatario. Ma allorchè il testatore supponesse di legare la sua cosa, e sia quella dell' erede, sarebbe difficile il credere che intese d' imporgli un peso, e saremmo indotti a dire che il legato è nullo: diremmo ugualmente che è nullo quando il testatore credesse di esser la cosa di un terzo, giacchè faceva allora un legato nullo nei principii del Codice: ei lo sapeva o doveva saperlo.

252. Infine il legato della cosa del legatario medesimo sarebbe nullo appo noi in tutti i casi, quando anche la cosa si trovasse in mano di un

(1) L. 67, §. 8, ff. *de legatis* 2.°

terzo nel momento della morte del testatore; imperocchè allora esso sarebbe il legato della cosa altrui. Mentrechè nel dritto romano, ed anche nell'antica giurisprudenza, sarebbe stato necessario di distinguere: il legato fatto puramente e semplicemente sarebbe stato nullo (1), *quia quod meum est, amplius meum fieri nequit.* In modo che non n'è dovuta la stima; ed il legato sarebbe stato nullo eziandio quando anche il legatario avesse cessato, nel momento della morte del testatore, di essere proprietario della cosa legata (2). La regola catoniana (3) si sarebbe opposta alla sua validità. Ma se il legato fosse stato fatto sotto condizione, ed in realtà la cosa fosse cessata di appartenere al legatario al tempo della morte del testatore, sarebbe stato valido, poichè valido era il legato della cosa altrui, e la regola catoniana non si applicava ai legati condizionali (4).

253. Dal principio che, vigente il Codice, il legato della cosa altrui è nullo, bisogna dedurre la conseguenza che al legatario evinto della cosa a lui legata non compete azione per indennità contro chi gli ha fatto il rilascio; giacchè dilemma: o il testatore era proprietario della cosa, o non lo era: nel

(1) Per effetto del medesimo principio, che non puossi stipulare nè comprare la propria cosa; l. 3, §. 4, ff. *de acquir. vel amitt. poss.*; l. 82, ff. *de verb. oblig.*; e l. 16, ff. *de contrah. empt.*

(2) §. 10, Instit. *de legatis.*

(3) *Quod si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere*; l. 1, ff. *de regul. catoniana.*

(4) L. 41, §. 2, ff. *de legat.* 1.°; l. 4, ff. *de regul. caton.*

primo caso l' evizione deriva dall' errore del giudice, ciocchè è un caso fortuito, di cui l' erede non dev'essere risponsabile, oppure dal fatto del legatario che non seppe difendersi; nella seconda ipotesi, essendo nullo il legato, l' evizione non potè dar luogo ad un'azione per garantia; mentrechè negli antichi principii, l' evizione avrebbe dato luogo ad un' azione per indennità, se il testatore legando avesse inteso di legare la cosa altrui.

254. Del resto la sopra espressa risoluzione soffre eccezione principalmente in due casi:

1.° In quello in cui il legato fosse di una cosa legata *in genere*, o di una cosa facente parte di una certa classe, o in fine di una cosa legata con un' altra sotto alternativa: il legatario evinto di quella che gli era stata pagata può dimandarne un' altra del medesimo genere o della medesima classe, o l' altra cosa compresa nel legato fatto sotto l'alternativa. L' erede debitore del legato è garante della validità del pagamento; e sarebbe lo stesso nel caso del legato di una certa quantità di cose, come venti ettolitri di grano, di cui il legatario fosse stato evinto perchè l' erede che gli ha pagato non era ne proprietario; art. 1238 c. c.= *1191 ll. cc.*

2.° Avvi eccezione ancora nel caso stesso del legato di un corpo certo, se il legatario non fu soccumbente che per fatto degli eredi, i quali non gli somministrarono i titoli di proprietà, per malizia o anche per semplice negligenza: costoro sono ri-

sponsabili del danno cagionatogli; art. 1582 e 1585 c. c. = *1336 e 1337 ll. cc.*

255. Il legato dell' usufrutto di un fondo di cui il testatore non aveva che la nuda proprietà si reputa fatto pel tempo in cui l' usufrutto esistente verrà a cessare (1), e per conseguenza è valido.

256. Le leggi romane proibivano il legato delle colonne, delle cariatidi o altre cose facenti parte degli edifizii, anche appartenenti al testatore (2), *ne ruinis ædium aspectus urbis deformaretur*; in modo che non era ne dovuta la stima. Un senatoconsulto emanato sotto l'imperatore Adriano vietava ancora ogni convenzione sopra simili oggetti. Ma il Codice non ha ammesso siffatti principii, ed il legato sarebbe validissimo se fosse della cosa del testatore, salvo all'erede di ritenere le cose, in virtù dell' art. 554 c. c. = *479 ll. cc.*, pagandone il valore.

257. Secondo il dritto romano ancora, allorchè la cosa legata era gravata d'ipoteca o di un dritto di pegno qualunque, ed il testatore lo sapeva, l' erede era obbligato di renderla libera (3), menochè però il disponente non ne avesse disposto diversamente; mentrecchè vigente il Codice, sia che il testatore abbia conosciuto l' esistenza dell' ipoteca, sia che l'abbia ignorato, e sia che la cosa fosse stata ipotecata per un debito dell' eredità o pel debito

(1) l. [illegible], ff. *de usufructu et quemad.*
(2) l. [illegible], §. 1, e l. 43, ff. *de legatis* 1.°
(3) §. 5, Instit. *de legatis.*

di un terzo, l'erede non è tenuto a renderla libera, menochè non sia stato incaricato di farlo con una speciale disposizione del testatore; art. 1020 c. c. = *974 ll. cc.*

Questa risoluzione è saggissima: non dovevasi infatti privare l'erede del beneficio del termine, o obbligarlo a fare le anticipazioni del debito altrui. L'ipoteca altronde non impedisce al legatario di godere dello stabile, e se sia molestato e voglia piuttosto pagare il debito che rilasciare, ha il suo regresso come di dritto contra il debitore.

258. Il legato del proprio debito, *debitum*, fatto da un debitore al suo creditore, non era utile in dritto romano (1) e nell'antica giurisprudenza, se non quando eravi maggior vantaggio pel creditore in forza del testamento che del credito, o perchè era a termine non iscaduto, mentre che il legato era fatto senza termine, o per altra cagione: in modo che si confondeva col credito e si compensava con esso, non potendo il creditore domandare che l'uno o l'altro. L'art. 1023 c. c. = *978 ll. cc.* prescrive al contrario che il legato fatto al creditore non sarà *reputato* fatto in compenso del suo credito, nè il legato fatto al domestico in compenso de' suoi salarii. Ma è questa soltanto una presunzione di volontà del defunto, di cui può il medesimo prevenire l'effetto con una dichiarazione da sua parte, come se dicesse: « Lego al tale la tale somma in vece di quanto gli debbo. » E

(1) §. 14, Instit. *de legatis.*

sarebbe lo stesso se dicesse semplicemente: « Lego « al tale la tale somma *che io gli debbo* »: questa somma *dovuta* e non altra sarebbe l'oggetto del legato. Il testatore poteva avere molti motivi per farlo: forse volle donare al creditore un titolo che gli mancava, o un titolo più regolare, o il privilegio inerente ai legati, o in fine rendere esigibile immediatamente un debito a termine, ec.; ma vi sarebbe compensazione del debito in sostanza, perchè questo medesimo debito fu legato, *tanquam debitum.*

Al contrario se un debitore leghi semplicemente una somma al suo creditore, l'art. 1023 c. c. = 927 *ll. cc.* è applicabile quando anche siffatta somma fosse perfettamente uguale a quella dovuta. Il legato non sarebbe riputato fatto in compenso del credito. Vieppiù avverrebbe così se fosse di una somma differente.

Questi casi adunque si ebbero in mira dagli autori del Codice, e non quelli in cui il testatore avesse chiaramente indicato la sua volontà che il pagamento del legato dovesse stare in vece del pagamento del debito.

259. Quando il legato è di una cosa indeterminata, per esempio di un cavallo, o di una botte di vino, quello che n'è gravato non è obbligato di darla della migliore qualità, ma neanche può offrirla della peggiore; art. 1022 c. c. = 977 *ll. cc.* (a)

(a) Nell'articolo 995 del progetto (che corrisponde al detto articolo 977 delle leggi civili) per vieppiù spiegarne l'intelligenza si aggiunsero le espressioni *senza dritto di scelta.* Trad.

Laonde per massima a lui, come debitore, appartiene la scelta: ma deve offrire una cosa almeno di media qualità; giacchè quel che non è se non immediatamente al di sopra del peggiore, nelle cose che consistono *in genere*, dev' essere generalmente pessimo. Or il voto della legge sarebbe eluso coll' offerta di simil cosa (1).

260. È presso a poco lo stesso allorchè il legato sia di una cosa facente parte di una certa classe appartenente al testatore; per esempio, una botte di vino del suo cellaio, un cavallo della sua scuderia, dieci alberi del suo bosco. Ma se in questo caso la scelta fosse stata accordata al legatario, questi potrebbe anche scegliere la migliore; lo potrebbe ancora se il legato fosse sotto alternativa, a sua scelta: per esempio, il cavallo bianco, o il cavallo baio, oppure il cavallo morello. Come da sua parte l'erede nel legato fatto sotto alternativa potrebbe consegnare anche il peggiore de' tre cavalli, se la scelta non fosse stata riservata al legatario.

261. La volontà del testatore di conferire la scelta al legatario può risultare dal modo con cui la clausola fu conceputa, sebbene non si fosse specialmente espresso a tal riguardo; come allorchè abbia detto: *Un tale potrà prendere uno de' miei cavalli*; mentrechè se avesse detto semplicemente: *Lego uno de' miei cavalli ad un tale*, a

---

(1) Voet, *ad Pandectas*, tit. *de solutionib.*, n.° 9.

*

pure *il mio erede darà uno de' miei cavalli ad un tale*, la scelta apparterrebbe all' erede.

262. In generale la scelta, nel dritto romano, apparteneva al legatario, allorchè il legato era stato fatto sotto il modo *per vindicationem*; ed il testatore non poteva legare sotto questo modo che le proprie cose. Ma generalmente ancora, nei legati fatti *per damnationem, per præceptionem et sinendi modo*, la scelta apparteneva all' erede. La costituzione di Giustiniano (1) che aveva assimilato gli effetti di questi differenti legati, dichiarando inoltre che le disposizioni le quali non potessero valere come legati varrebbero tuttavolta giusta le regole sui fedecommessi, non aveva interamente distrutto la distinzione: essa era stata emanata colla mira di facilitare l' esecuzione della volontà de' disponenti, e non per contrariarla. Or, come benissimo osserva Vinnio (2), allorchè il testatore manifestò chiaramente la sua intenzione di conferire la scelta al legatario, questa intenzione deve seguirsi, abbenchè non gli abbia fatto espressamente il legato della *scelta*; e siffatta intenzione non è dubbiosa allorchè diresse a lui la parola colla clausola, per esempio allorchè disse: *Paolo prenderà un cavallo della mia scuderia*.

263. Subitochè il legatario ha fatto la sua scelta coll' erede, non può più variare, (a) ammenochè

---

(1) L. 1, Cod. *Comm. de legat. et fideicomm.*

(2) Sul §. 22, Instit. *de legatis.*

(a) Ciò vien enunciato dall' articolo 984 del progetto (cor-

quest' ultimo non acconsenta (1). E se gli fosse legata una somma, o una certa quantità di derrate, a sua scelta, non potrebbe dimandar parte della somma e parte delle derrate. *Vice versa*, se la scelta appartenesse all' erede, questi non potrebbe offrir parte delle derrate e parte della somma.

Sarebbe lo stesso degli eredi dell' uno o dell' altro: essi hanno i dritti de' loro autori, sebbene il debito si divida tra loro (2).

La medesima risoluzione avrebbe luogo ancora nel caso in cui il legato fosse dovuto da molti eredi: essi dovrebbero accordarsi per lo pagamento.

264. Se il legatario sia morto prima di aver fatto la sua scelta, il suo dritto passa a' suoi eredi; se essi non si accordino, si deciderà a sorte chi deve scegliere; ed è lo stesso se il legato sia stato fatto a molti i quali neanche si accordino sulla scelta (3). Per la medesima ragione dev' essere così del caso in cui il legato fosse a peso di molti eredi i quali avessero la scelta e non si accordassero.

265. Quando il testatore dopo di aver legato la proprietà di un immobile, l' avesse accresciuto con acquisti posteriori, questi, ancorchè contigui, non

rispondente all' articolo 976 delle leggi civili), dove si dice che *fatta la scelta non vi sarà luogo a pentimento*, e che tale facoltà di scegliere accordata dal testatore all' erede o al legatario, si tramanda a' costoro eredi. Trad.

(1) L. 20, *de opt. vel elect. legat.*

(2) Pothier, trattato *delle Obbligazioni*, n.° 315.

(3) L. 3, *Comm. de legat. et fideicomm.*

si stimano di far parte del legato senza una nuova disposizione; art. 1019 c. c. = *973 ll. cc.*

E sarebbe lo stesso se avesse legato l'usufrutto: neppure dovrebbe estendersi agli acquisti, senza una nuova disposizione. La parola *proprietà*, nell'art. 1019, è usata in un senso puramente spiegativo.

266. Questo art. 1019 del resto fa eccezione riguardo agli abbellimenti e nuove fabbriche eseguite sul fondo legato, e riguardo ancora ad un recinto di cui il testatore avesse ampliato il circuito.

Così nel caso in cui avesse costrutta una casa, un casino o altro edifizio sopra un podere, questi oggetti apparterrebbero ancora indubitatamente al legatario; e sarebbe lo stesso delle aggiunzioni che avesse fatto ad una casa o altro edifizio.

267. Ma si dovrebbe forse opinare nel modo stesso nel caso in cui, avendo legato una semplice aia atta a fabbricare, *area*, avesse di poi costrutta una casa su questo terreno? Non si scorgerebbe forse piuttosto in questo fatto una rivocazione del legato? I giureconsulti romani non erano di accordo su tal punto, abbenchè risolvessero altronde di unanime voto che gli abbellimenti, le semplici aggiunzioni ad un fondo legato facevano parte del legato, come un accessorio della cosa medesima.

Giavoleno, nella l. 39, ff. *de legatis* 2.o, dichiara espressamente che qualora siasi legato un terreno, per costruire (*area*), ed il testatore abbia fabbricato un edifizio su questo terreno, il legato

sussiste ancora, e la casa del pari che il suolo è dovuta al legatario.

Ulpiano dice la medesima cosa nella l. 44, ff. *de legatis* 1.°, menochè, ei soggiunge, il testatore non avesse mostrato un cangiamento di volontà.

Paolo, nella l. 98, §. *ult.*, ff. *de solut.*, adotta positivamente la loro dottrina. Egli si determina al par di essi in forza del principio *quod solo inædificatum est, solo cedit.*

Al contrario Celso, nella legge 75, §. 2, ff. *de legatis* 2.°, si allontana evidentemente dalla loro dottrina; giacchè nella medesima specie egli opina che, se il testatore abbia edificato sul terreno legato, e l'edifizio sia distrutto nel momento in cui si fa luogo al legato, il legatario ben può in vero domandare il suolo che gli era stato legato, ma che non potrebbe domandare cosa alcuna se l'edifizio sussistesse tuttavia a quell'epoca.

La quistione è veramente grave. Da una parte l'art. 1019 c. c. = *973 ll. cc.*, dicendo che le nuove costruzioni fan parte del legato (lungi dal farne risultare una presunzione di rivocazione), parla di costruzioni sopra un *fondo*: or siffatta denominazione, comunque esteso ne sia il senso, non si applica naturalmente ad un terreno o aia per costruire. I giureconsulti romani specialmente non confondevano *area* con *fundus*. Di più le costruzioni, una casa per esempio, potettero costare otto o dieci volte più del valore dell'aia, ed è dubbioso che il testatore abbia voluto dare sì grande estensione alla sua liberalità.

Ma da un' altra parte puossi dire ch' egli poteva facilmente rivocare il legato; che ciò gli era facilissimo specialmente se questo legato era inserito in un testamento olografo, poichè bastava di cancellare la clausola; che nella ipotesi stessa di un altro testamento, poteva ugualmente, se sapeva scrivere, rivocarlo con un testamento olografo. Se nol fece, egli è perchè fu sua intenzione di conservare la disposizione, anche coll'aumento di valore che le dava colle costruzioni. Tale sarebbe in fatti la nostra opinione, facendola tuttavia dipendere dalle circostanze particolari della causa.

268. La cosa legata dev' essere rilasciata con tutti gli accessorii (a), e nello stato in cui si trova nel giorno della morte del testatore; art. 1018 c. c. = *972 ll. cc.* Ma l' erede non è risponsabile delle deteriorazioni, nè della perdita avvenuta senza suo fatto o senza sua colpa, e prima che fosse costituito in mora per lo rilascio della cosa; art. 1042 c. c. = *997 ll. cc.* Ritorneremo su questo punto, parlando della caducità del legato.

269. Presentemente (1) il legato di un fondo

(a) *Appellatione domus insulam quoque injunctam domui videri, si uno prœtio cum domo fuisset comparata, et utriusque pensiones similiter accepto latas rationibus ostendereretur.* l. 91, §. 6, ff. *de legat.* 3. Quindi nella legge 68 *in princ.*, ff. *de legat.* 3, si dice che usandosi la formola di legarsi tutto il fondo, si deve nel legato del fondo comprendere non solo la parte, che era nel dominio del testatore, ma pure l'altra parte ch' egli aveva per causa di pegno. Trad.

(1) Diciamo *presentemente*, perchè nel dritto romano e nella nostra antica giurisprudenza, gli animali, benchè inerenti alla col-

fatto senza riserva comprende gli animali inerenti alla coltura e gli strumenti aratorii, posti dal proprietario, nonchè tutte le altre cose reputate immobili per destinazione o accessione, dagli art. 522, 523, 524 e 525 c. c.=*445*, *446*, *447* e *448* *ll cc.*

270. Il legato di una cosa *con tutto quello che vi si trova* (a) non comprende, è vero, il danaro, nè i crediti ed altri dritti, i cui documenti possono esistere nella casa; ma tutti gli altri effetti mobili vi sono compresi; art. 536 c. c.=*461 ll. cc.*(1).

---

tura, gli strumenti aratorii, le sementi erano considerati semplicemente come mobili; e soltanto coll'ordinanza del 1747, *sulle sostituzioni*, fu per la prima volta dichiarato che sarebbero reputati compresi nella disposizione de' beni donati o legati con peso di restituzione.

In guisa che nel dritto romano, per comprendere nel legato gli animali, gli strumenti aratorii, ed altre cose ora reputate immobili per destinazione, sarebbe stato necessario di legare il fondo *instructus*, o *cum instrumento*.

V. quanto fu detto su questi differenti punti nel tomo IV, n.° 46 a 71.

(a) Tale legato comunemente dicesi *dalla stalla al tetto a porte chiuse*, ch'è il legato *eorum quæ in fundo, aut in domo sunt.* Due regole campeggiano per siffatto legato: 1.° *Rebus quæ in fundo sunt legatis accedunt etiam ea quæ tunc non sunt si esse solent*: 2.° *Cum ita legatur, illi hoc amplius fundum illum cum omnibus rebus, quæ in eodem fundo erunt: mancipia quoque continentur.* Queste regole sono desunte dalle leggi 78, §. 7, ff. *de legat.* 3.°, 32-2 ff. *de legat.* 2.°, ed altri opportuni esempii si osservano nelle leggi 39 §. 1, ff. *de aureo argento legato,* 93 §. 2, ff. *de legat.* 3.°, e nel §. 2 della detta legge 78 ff. *de legat.* 3. Trad.

(1) *V.* tomo IV, n.° 181.

§. III.

Dell' effetto de' legati particolari.

271. Qualunque legato puro e semplice dà al legatario un dritto sulla cosa legata, il quale si può trasmettere agli eredi; art. 1014 c. c. = *968 ll. cc.*

Questa disposizione del resto è comune alle tre specie di legati, abbenchè i compilatori del Codice l'abbiano posta sotto la sezione *de' legati particolari.*

Quando il legato sia condizionale, siccome non si esegue che verificatasi la condizione, (ammettendo ancora che si verifichi dopo la morte del testatore), perchè il dritto sia trasmessibile agli eredi del legatario fa d'uopo che questi esista ancora al tempo che si verifica l'avvenimento; art. 1040 c. c. = *995 ll. cc.* Ma spiegheremo or ora l'effetto de' legati condizionali.

272. Il legatario particolare non può mettersi in possesso della cosa legata, nè pretenderne i frutti o gl'interessi, se non dal giorno della sua dimanda di rilascio, fatta secondo l'ordine stabilito dall'art. 1011 c. c. = *965 ll. cc.* (1), o dal giorno in cui gli fosse stato volontariamente accordato il possesso; medesimo art. 1014.

(1) Ed i frutti non corrono dal giorno della sua dimanda per rilascio se non quando sia stata prodotta allorchè doveva esserlo, per conseguenza nei legati a termine o sotto condizione se non, quando il termine sia scaduto, o la condizione siasi verificata.

In guisa che se fosse in possesso della cosa legata come inquilino o colono, il prezzo dell' affitto continuerebbe a correre finchè non avesse prodotta la sua dimanda per rilascio, o tal rilascio gli si fosse volontariamente accordato.

Tuttavia in qualunque caso i frutti e gl' interessi decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della citazione per isperimento di conciliazione, purchè sia seguita da una dimanda giudiziale entro il mese, a contare dal giorno della non comparsa o della non seguita conciliazione; art. 57 c. pr. (1).

273. Gl' interessi o i frutti della cosa legata decorrono anche a vantaggio del legatario dal giorno della morte del testatore, e senza che ne abbia fatta la giudiziale dimanda, nei due seguenti casi:

1.° Quando il testatore ha intorno a ciò dichiarato espressamente la sua volontà nel testamento;

2.° Quando è stata legata a titolo di alimenti una rendita vitalizia o una pensione; art. 1015 c. c. = *969 ll. cc.*

274. Le spese della dimanda del rilascio de' beni sono a carico della eredità; purchè però non ne risulti veruna riduzione della riserva legale.

I dritti del registro sono dovuti dal legatario.

Tutto ciò ha luogo, se non è stato altrimenti ordinato col testamento; art. 1016 c. c. = *970 ll. cc.*

Ciò tuttavolta non vuol dire che il testatore potesse mettere le spese di registro, oppur quelle del-

—

(1) *V.* di sopra, n.° 192.

la dimanda di rilascio, a peso della eredità, quantunque dovesse risultarne deduzione della riserva legale; giacchè non può alterarla in alcun modo. Ciò vuol dire soltanto: 1.° che il testatore può porre a carico del legatario le spese della dimanda di rilascio, che per dritto comune sarebbero state a peso della eredità; e 2.° che può porre a carico dell'eredità quelle di registro del legato, le quali, senza di ciò sarebbero state sopportate dal legatario.

Ogni legato può essere registrato separatamente: ma tal registro non può giovare a verun altro, fuorchè al legatario, o a quelli che da essi hanno causa; *ibid.*

275. A differenza de' legatarii universali o a titolo universale, i legatarii particolari non sono personalmente tenuti a' debiti della eredità, salvo l'effetto dell'azione ipotecaria de' creditori sugl'immobili legati (art. 1024 c. c. = *979 ll. cc.*); nei quali casi il legatario ha il suo regresso come per dritto contra gli eredi o altri debitori del debito ipotecario, se ha voluto piuttosto rilasciare l'immobile che pagarlo, o se ha preferito quest' ultimo espediente, nel qual caso è surrogato ai dritti del creditore; art. 874 e 1251-3.° c. c. = *1204 - 3.° ll. cc.*

Diciamo, *contra gli eredi o altri debitori del debito ipotecario*, e non generalmente, come il suddetto art. 874, *contra gli eredi e successori a titolo universale*, giacchè se il debito non riguardasse il defunto, o perchè aveva acquistato

l' immobile già gravato pel debito di un altro, o perchè lo aveva ipotecato pel debito di un terzo, senza obbligarsi personalmente (art. 2077 c. c.=*1947 ll. cc.*), il legatario non potrebbe procedere a tal riguardo contra gli eredi o altri successori a titolo universale, menochè il testatore, con una espressa disposizione del suo testamento non avesse loro ordinato di render libero l' immobile (art. 1020 c. c. = *974 ll. cc.*): non potrebbe procedere se non contra chi fosse personalmente tenuto al debito.

SEZIONE X.

De' legati puri e semplici, a termine, condizionali, e con peso, e del tempo che ad essi si fa luogo; dei legati rimuneratorii o fatti con espressione di causa; della dimostrazione, e dell' assegnazione dimostrativa, o limitativa.

SOMMARIO.

276. *Modalità da cui possono essere affetti i legati: Divisione della sezione.*

§. I.

Del legato puro e semplice.

277. *Qual è il legato puro e semplice? a contar da quanto si acquista dritto ad esso e diviene trasmessibile agli eredi del legatario?*

278. *Quando può esserne dimandata l' esecuzione?*

§. II.

Del legato fatto a termine.

279. *Quando può esser dimandato il legato fatto a termine?*
280. *De' frutti raccolti prima del termine.*

§. III

De' legati condizionali.

281. *Nei legati, del pari che nei contratti, la condizione può essere risolutiva nonchè sospensiva.*

282. *Quale sarebbe l' effetto del legato fatto sotto una condizione risolutiva.*

283. *Nel legato sotto condizione sospensiva, il legatario non solo deve sopravvivere al testatore, ma anche sussistere quando si verifica la condizione.*

284. *Importa dunque di ben esaminare se il testatore volle apporre una condizione al legato, ed è questa generalmente una quistione d' interpetrazione di volontà.*

285. *Nei contratti all' opposto la morte del creditore prima dell' adempimento della condizione, non gl' impedisce di trasmettere il suo dritto agli eredi.*

286. *La materia delle condizioni è immensa; verrà trattata sgombrandola, per quanto è possibile, delle sue particolarità.*

287. *Tre classi di condizioni: le* casuali, *le* potestative, *le* miste.

288. *Ogni condizione impossibile, contraria alle leggi o al buon costume si reputa non iscritta nelle donazioni e ne' testamenti: Rimessione.*

289. *Perchè il legato sia condizionale, l' avvenimento dev' essere* futuro.

290. *Il legato de'* frutti che debbono nascere *non è condizionale di sua natura.*

291. *L' avvenimento dev' essere incerto perchè il legato sia condizionale: quindi il legato fatto a Paolo* allorchè morrà *non ha cosa alcuna di condizionale.*

292. *Il legato fatto a Paolo* allorchè Pietro morrà, *era condi-*

zionale negli antichi principii ; vigente il Codice la quistione si risolverebbe secondo le circostanze del fatto.

293. *Il senso condizionale si esprime comunemente con un se*, in caso che, purchè, menochè, a condizione che, *ed altre simili frasi.*

294. *La cogiunzione* allorchè, *forma ora condizione, ora termine soltanto, secondo l' intenzione del disponente.*

295. *Il pronome* che *forma ora condizione, ora peso, ora semplice indicazione o dimostrazione : Esempii.*

296. *Spesso la parola* condizione *è usata per significare soltanto un* peso ; *e vice versa.*

297. *Quando la condizione imposta al legatario è* di non fare una data cosa, *bisogna distinguere se sia o pur no di natura tale da non potersi verificare che colla sua morte.*

298. *Le condizioni debbono adempiersi secondo la probabile intenzione del testatore.*

299. *Ove siensene apposte molte cumulativamente, debbono adempiersi tutte perchè il legato abbia effetto; se sono apposte disgiuntivamente, basta che si adempia ad una di esse.*

300. *Debbono adempiersi colle circostanze che vi sono annesse.*

301. *Il legato fatto a Sempronio sotto questa condizione*, si Titius voluerit, *è nullo ; ma è valido, se non sia lasciato al mero arbitrio di Tizio : Diversi esempii.*

302. *L'* esecuzione *del legato può essere rimessa alla fede di un terzo.*

303. *Anticomente riguardavasi come valida l' istituzione fatta,* col peso di scegliere : *Rimessione.*

304. *Il legato lasciato alla volontà dell' erede è nullo, ma quello lasciato pel caso in cui l' erede farà o non farà una data cosa è validissimo : Rimessione.*

305. *Finchè la condizione non si verifichi, l' erede gravato del legato è proprietario della cosa legata : Conseguenze.*

306. *Il legatario nondimeno può fare gli atti conservatorii del suo dritto.*

307. *Il legatario condizionale può forse presentemente dimandar cauzione come nell' antico dritto ?*

308. *La prescrizione non decorre*, pendente conditione, *tra il legatario ed il debitore del legato, ma può decorrere a vantaggio di un terzo detentore.*

309. *Il legatario condizionale non solo può transigere sul suo*

dritto, ma rinunziarvi ancora: Contraria opinione di Ricard.

310. *Nel legato condizionale, la condizione verificata non ha effetto retroattivo sotto molti rapporti: Disposizioni del dritto romano.*

311. *Secus, almeno nel nostro dritto, per ciò che concerne la capacità del legatario, purchè questi fosse conceputo nel momento della morte del testatore.*

312. *Diversi rapporti sotto i quali la condizione verificata ha un effetto retroattivo nei legati come nei contratti.*

313. *Dimostrazione ed autorità.*

§. IV.

Del legato fatto con peso.

314. *Bisogna ben distinguere pel legato condizionale, il legato fatto con peso, o sotto* modo.

315. *Esempii del* peso, *desunti dal dritto romano.*

316. *Esempio dato da Ricard.*

317. *Nel legato fatto con peso, se il peso manchi, il beneficio della caducità giova a chi ne era tenuto.*

318. *Quando anche il terzo a cui vantaggio è il peso fosse incapace di ricevere dal legatario, questi dovrebbe sempre adempierlo per avere il legato.*

319. Quid *se il terzo sia incapace di ricevere dal disponente?*

320. *Se il terzo sia sopravvissuto al testatore, ha potuto trasmettere il suo dritto.*

321. *Il terzo ha azione contra il legatario gravato del peso.*

322. *Effetti della inesecuzione del peso.*

323. *Casi in cui due legati sieno stati fatti alla medesima persona, uno con peso e l' altro senza.*

324. *Allorchè il legatario con peso non riceva tutto il legato, il peso diminuisce proporzionatamente.*

325. *La perdita di tutto o parte della cosa legata, dopo la morte del testatore, non fa nulla circa al peso, salvo al legatario di non accettare il legato.*

326. *Se a due collegatarii sia stato imposto un peso di una cosa divisibile, ciascuno d' essi può adempierlo per la sua parte, e dimandare anche per la sua parte il legato.*

327. *Un solo legatario non può, adempiendo il peso per parte, dimandare il legato per parte.*

328. *Il trasferimento da una persona ad un' altra di un legato fatto con peso, ordinariamente si considera fatto col peso.*

329. Secus *se da principio vi fosse stata rivocazione del legato.*

330. *Le sopra esposte risoluzioni sono in generale applicabili, quantunque le diverse disposizioni si fossero fatte con atti separati.*

331. *La clausola di un fatto contrario alle leggi, al buon costume, o impossibile, si reputa non iscritta.*

332. *L' impossibilità soltanto relativa al legatario non lo libera dal peso.*

333. *Il modo apposto al legato nel solo interesse del legatario non è un peso.*

334. *Il modo che forma effettivamente peso deve osservarsi.*

§. V.

Del legato rimuneratorio o fatto con espressione di causa.

335. *Quale sia il legato rimuneratorio.*

336. *In che differisca dal legato condizionale.*

337. *Per massima la falsità della causa o del motivo espresso non vizia il legato : Dritto romano ed esempio.*

338. *Ma la dimanda del legatario può essere rigettata quando risulti dalle circostanze del fatto che il testatore non avrebbe legato se non fosse stato in errore* : *Dritto romano.*

339. *Continuazione, ed esempio.*

340. *Casi nei quali la falsità del motivo espresso non lederebbe in alcun modo il legato.*

341. *Altri casi analoghi, ed in cui avvi piuttosto semplicemente falsa dimostrazione.*

§. VI.

Del legato fatto con dimostrazione, e dell' errore sul nome o sulla qualità del legatario, o sulla cosa legata.

342. *Che intendasi per legato fatto con* dimostrazione.

343. *La falsa indicazione del nome, cognome, qualità o professione del legatario, non vizia il legato quando si possa altronde riconoscere con certezza la persona*

§. VII.

Del legato fatto con assegnazione semplicemente dimostrativa, e del legato fatto con assegnazione limitativa.

276. Abbiamo trattato de' legati secondo la divisione generale che ne dà il Codice, in legati u-

niversali, legati a titolo universale e legati particolari; ma possono considerarsi sotto altro aspetto, a ragione della modalità di cui gli uni e gli altri possono essere affetti, secondo la volontà del testatore.

In fatti un legato può esser lasciato:

1.° Puramente e semplicemente;

2.° O a termine;

3.° O sotto condizione;

4.° O con pesi;

5.° Può essere stato fatto a titolo rimuneratorio, o con esprimere la causa;

6.° O pure con *dimostrazione*;

7.° Il legato è fatto ancora talune volte con assegnazione semplicemente dimostrativa, ed altre volte con assegnazione limitativa.

Spieghiamo ciascuna di queste specie di legati in particolare.

§. I.

Del legato puro e semplice.

277. Un legato è fatto puramente e semplicemente quando il suo effetto non sia sospeso da alcuna condizione, e la sua esecuzione non ritardata da alcun termine (1). Nondimeno per ciò che concerne la trasmissione agli eredi del legatario che sopravvisse al testatore, ed anche sotto molti altri

(1) L. 5, §. 1, ff. *Quando dies legat. vel fideicomm. cedat.*

rapporti, si riguarda eziandio il legato a termine come fatto puramente e semplicemente. Ma n'è motivo che allora si considera per opposizione al legato fatto sotto condizione.

278. Il legato puro e semplice può esser dimandato subito dopo la morte del testatore, salva l'applicazione delle regole riguardanti i termini per fare inventario e deliberare

Il legatario dunque acquista dritto al legato dalla morte del disponente, purchè altronde sia capace a quest'epoca; e tal dritto si trasmette a' suoi eredi (art. 1014 e 1041 c. c. = *968 e 996 ll. cc.*), anche quando fosse morto senza averlo accettato, senza neppure aver conosciuto il legato: *In legato pure relicto, dies cedit a morte testatoris* (1).

§. II.

Del legato fatto a termine.

279. Quando il legato sia a termine, non se ne può dimandare il rilascio che alla scadenza del termine; allora *dies venit.* Ed il termine si presume in favore dell'erede, menochè la volontà del testatore non sia stata di apporlo nell'interesse del legatario (2), lo che si estimerebbe secondo le circostanze. Nel caso in cui fosse unicamente in favore del legatario, questi potrebbe rinunziarvi, e

(1) L. 5, §. 1, ff. *Quando dies legat. vel fideicom.* precitata.
(2) L. 17, ff. *de regul. juris.*

dimandare il pagamento del legato prima del giorno stabilito.

E la morte del legatario avvenuta prima della scadenza del termine non impedirebbe che egli abbia avuto un dritto acquisito e trasmessibile ai suoi eredi; art. 1014 e 1041 c. c.=*968 e 996 ll. cc.*

280. Se un legato universale fosse fatto a termine, il legatario non godrebbe de' frutti de' beni prima della scadenza del termine, quando anche non vi fossero eredi cui spettasse la riserva, ed il termine scadesse prima di terminare l'anno a contare dalla morte del testatore; salva la dichiarazione di contraria volontà del disponente.

Ma se non vi fossero eredi cui spettasse la riserva, il termine non impedirebbe al legatario di essere impossessato in conformità dell' art. 1006 c. c.=*932 ll. cc.* L'apposizione di un termine generalmente non basterebbe per cangiare la natura del legato universale, abbenchè siffatta circostanza, bisogna confessarlo, ne modificasse gli effetti, lasciando qualche emolumento agli eredi *ab intestato*, cioè il godimento de' beni fino al termine stabilito.

§. III.

De' legati condizionali.

281. Un legato, del pari che un contratto (art. 1168 c. c.=*1121 ll. cc.*), è condizionale quando il testatore ne faccia dipendere l'effetto da un av-

venimento future ed incerto, o tenendolo in sospeso finchè l'avvenimento accada, o rivocandolo in caso che l'evento succeda o non succeda. Imperocchè non cade dubbio, abbenchè cio avvenga rarissimamente, che un legato possa farsi eziandio sotto condizione risolutiva. Il Codice non lo vieta, e Giustiniano (1) aveva anche dichiarato che si potessero lasciare legati e fedecommessi *ad certum tempus*, col peso pel legatario di dare garantia per sicurezza della restituzione della cosa al termine stabilito. Vie maggiormente potevasi far dipendere la cessazione del dritto del legatario dal verificarsi un evento preveduto. La proprietà della cosa legata sarebbe allora conferita colla condizione apposta al legato, senza che per tal motivo vi fosse necessariamente sostituzione fedecommessaria, come lo dimostrammo nel tomo precedente (2).

282. In questo caso il legato sarebbe assimilato, circa al tempo in cui ad esso si fa luogo e vien rilasciato, al legato puro e semplice; soltanto la cosa ritornerebbe al debitore del legato, se la condizione risolutiva si verificasse, e ritornerebbe in suo potere franca e libera da qualunque peso imposto dal legatario, come nel caso di donazioni con istipulazione del dritto di riversione. Il legatario neanchè dovrebbe dar cauzione, menochè il testatore non gli avesse imposto l'obbligo di somministrarla, ciocchè si stimerebbe secondo i termini

(1) Colla legge ultima del Codice, *de legatis*.
(2) N.° 68.

del testamento, ed anche secondo le circostanze della causa. Egli lucrerebbe i frutti da lui raccolti sino alla risoluzione del suo dritto. E non farebbe d'uopo di confondere questo legatario con un semplice usufruttuario, giacchè sarebbe all'opposto proprietario, ma con un dritto soggetto a risoluzione.

283. Allorchè il legato è sotto una condizione sospensiva, il legatario non vi ha dritto che sino a quando sopravviva al testatore, e non muoia prima che si verifichi la condizione: egli acquista dritto al legato soltanto dal momento in cui essa si verifica (dopo la morte del testatore), e può allora trasmetterlo ai suoi eredi: donde si comprende quanto importi di ben discernere il legato condizionale da quello che non è tale.

284. Per massima è questa una quistione d'interpetrazione della volontà del defunto: « Ogni di-
« sposizione testamentaria, dice l'art. 1040 c. c. =
« *995 ll. cc.*, fatta sotto condizione che dipenda
« da incerto avvenimento, e tale che, secondo la
« *mente del testatore*, non debba eseguirsi se non
« quando si verifichi o non si verifichi l'avvenimento,
« sarà caduca, se l'erede istituito o il legatario
« muoia prima che siasi verificata la condizione ».

285. Nei contratti, all'opposto, la condizione in generale si verifica pure utilmente dopo la morte del creditore, e per conseguenza a vantaggio degli eredi di quest'ultimo; art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.* Questa differenza è fondata sul motivo che

noi stipuliamo generalmente anche pei nostri eredi (art. 1122 c. c. = *1076 ll. cc.*), il cui interesse si confonde col nostro: or non si sarebbe pervenuto a tale scopo se, allorchè noi stipuliamo sotto condizione, questa condizione non potesse verificarsi utilmente dopo la nostra morte. Al contrario trasmettiamo il nostro dritto tal quale è nelle nostre mani al tempo della nostra morte. Ma nei testamenti il testatore non ha in mira che la persona da lui gratificata, e non gli eredi di questa persona, che spesso neppure conosce; e non vuole tuttavolta gratificarla se non sotto condizione: dunque questa condizione deve verificarsi in vita del legatario, affinchè costui possa acquistare il dritto, e così trasmetterlo ai proprii successori.

286. La materia delle condizioni è immensa; e sarebbe anche impossibile di prevedere gl' innumerevoli casi che possono offrirsi, che variano in ragione delle circostanze nelle quali si trovano situati i testatori, e spesso ancora a seconda del loro capriccio. Ci limiteremo dunque ad indicar qui le regole principali che reggono quest' obbietto, vieppiù che dovremo parlare delle condizioni in modo generale nel titolo *delle Obbligazioni convenzionali*, in cui i compilatori del Codice più specialmente se ne occuparono.

287. Le condizioni inserite nelle disposizioni testamentarie possono essere di tre specie, come quelle apposte alle convenzioni: o puramente casuali, o potestative, o miste.

Le prime son quelle che dipendono dal caso.

Le seconde son quelle ch' è in facoltà del legatario, e qualche volta del debitore del legato, di far succedere o d' impedire.

Le ultime dipendono nel tempo stesso dalla volontà, o dell' erede, o del legatario, e dalla volontà di un terzo, o dal caso.

288. Secondo l'art. 900 c. c.=*816 ll. cc.*, in qualunque disposizione tra vivi o di ultima volontà si avranno per non iscritte le condizioni impossibili, e quelle che sono contrarie alle leggi o al buon costume. Questo principio fu bastantemente sviluppato nel tomo precedente, cap. 1, sez. 3.

289. Perchè vi sia condizione propriamente detta, bisogna che l' avvenimento che ne forma l' oggetto sia *futuro*: se fosse già succeduto al momento della formazione del testamento, non renderebbe il legato condizionale; e per tal motivo, quando anche il legatario morisse prima che si fosse conosciuto di essersi verificato l'avvenimento, trasmetterebbe sempre il dritto ai suoi eredi (1), purchè altronde fosse sopravvissuto al testatore, la quale condizione è richiesta in tutti i casi dall' art. 1039 c. c. = *994 ll. cc.*

290. Il legato de' frutti da nascere, per esempio « de' frutti che produrrà la mia vigna nell'an- « no che seguirà quello della mia morte. », neppure è condizionale; in guisa che la morte del le-

(1) L. 10, §. 1, e l. 11, ff. *de condit. et demonst.*

gatario avvenuta prima della nascita de' frutti, e dopo la morte del testatore, non impedirebbe che abbia un dritto acquistato e trasmessibile a' suoi eredi; giacchè la condizione sottointesa, *se nascano frutti*, è estrinseca, e non risulta dalla volontà del testatore (1).

291. Perchè il legato sia condizionale, Bisogna ancora che l'avvenimento sia *incerto*; da ciò emerge che se lego a Paolo *quando morrà* o *allorchè morrà*, il legato è a termine, e non sotto condizione, giacchè è certo che Paolo morrà (2).

292. Ma il legato era condizionale nel dritto romano allorchè l'avvenimento era la morte di persona diversa dal legatario; per esempio: « Lego a Paolo *allorchè il mio erede morrà* (3)»; è certo che l'erede morrà, ma è incerto se vivrà allora il legatario: ciò era chiamato dai giureconsulti romani *dies incertus*, il quale formava condizione nelle disposizioni testamentarie (4). Appresso noi il legato non sarebbe sempre riguardato come condizionale, perchè il testatore potè volere non apporre che un termine alla soddisfazione del legato; or in questa ipotesi il legatario avrebbe acquistato il dritto, pel solo motivo che egli fosse sopravvissuto al testatore, ed in conseguenza po-

(1) L. 25, §. 1, e l. 26, ff. *quando dies leg. vel fideicom. cedat*; l. 99, ff. *de condit. et demonst.* Ricard, *delle disposizioni condizionali*, n.i 299 e 300.

(2) L. 4, §. 1 *quando dies legat. vel fideicom. cedat.*

(3) L. 4, *princip. eod. tit.*, e l. 79, ff. *de condit. et demonst.*

(4) L. 75, ff. *de condit. et demonst.*

trebbe trasmetterlo a' suoi eredi; art. 1041 c. c. = *996 ll. cc.* Questo dunque sarebbe un punto lasciato alla saggezza del magistrato, il quale giudicherebbe quale potè essere l' intenzione del defunto (1).

293. Il senso condizionale si esprime comunemente colla congiunzione *se*, o con queste specie di frasi, *in caso che*, *purchè*, *menochè*, *a condizione che*, ed altre analoghe.

294. Ma la congiunzione *allorchè* o *quando* induce condizione soltanto allorchè, giusta il testo della disposizione, la volontà del testatore non sia dubbiosa. Tal' è il senso dell' art. 1041 c. c. = *996 ll. cc.*, il quale tuttavolta è assai mal compilato, poichè usa la voce *condizione* per esprimere ciocchè, secondo questo medesimo articolo, non è una condizione, ma un termine, giusta l' intenzione del *disponente*.

Questo articolo è così conceputo: « La *condi-* « *zione* che, secondo la mente del testatore, al- « tro non fa che sospendere l' adempimento della « disposizione, non impedisce che l'erede istituito « o il legatario vi abbia un dritto acquistato e tras- « missibile a' propri eredi ». Ciò si riduce a dire: la condizione che non è una condizione. Bisognava dunque usare un'altra espressione, e questo non era difficile.

Se dunque io lego mille franchi a Paolo, mino-

(1) Bisogna così intendere quanto dicemmo, forse in modo un poco troppo generale, nel tomo precedente, n.° 86, nota.

re, *allorchè* sarà giunto alla sua maggiore età, avvi natural presunzione che io non abbia voluto apporre che un termine alla disposizione, o nell'interesse dell'erede, e ciò avverrà più comunemente in questa specie di casi, chiunque sia il legatario, o nell'interesse del legatario medesimo, perchè egli o il suo tutore non dissipi la somma, o finalmente perchè io credeva che Paolo non ne avesse bisogno prima della sua età maggiore. L'intenzione del testatore si stimerebbe secondo le circostanze, e questo è quel potere discrezionale che i compilatori del Codice intesero di lasciare ai giudici col detto art. 1041; mentrechè nel dritto romano, seguito in questo punto del pari che in tanti altri in molte nostre provincie, la congiunzione *allorchè*, *cum*, produceva quasi sempre condizione, per effetto di una specie di presunzione legale, ch'era difficilissimo di non ammettere.

Ma il legato sarebbe evidentemente condizionale se il testatore avesse detto: *Lego a Paolo se pervenga ad età maggiore o contragga matrimonio*: e la morte di Paolo successa prima dell'uno o dell'altro di questi avvenimenti, renderebbe caduco il legato; art. 1040 c. c. = *995 ll. cc.*

295. Il pronome *che* forma ora condizione, ora peso o modo, ora semplice indicazione o dimostrazione, ma di rado condizione.

Esso formerebbe naturalmente *condizione* nella specie seguente: « lego diecimila franchi a Paolo, « *che* rinunzierà alla ingiusta lite da lui intenta-

« ta a miei nipoti, e farà loro una convenevole « riparazione del torto ad essi cagionato ». Se Paolo morisse senz' aver eseguita la mia volontà, il legato non passerebbe a' suoi eredi, quando anche costoro si sottoponessero ad adempiere la condizione; almeno le circostanze della causa potrebbero facilmente farlo così decidere.

Il pronome *che* forma *peso* o *modo*, allorchè si dica: « Lego a Paolo . . . . *che* innalzerà una « tomba a mio fratello », o « *che* vorrà essere « mio esecutore testamentario, ec. »

In fine forma semplice *indicazione* o *dimostrazione*, nel caso in cui il testatore abbia detto: « Lego a mio nipote Filippo, *che* ha riporta« to il premio nell'ultimo concorso dell'accade« mia, o *che* è stato nominato capitano ».

Le differenze negli effetti trà queste diverse significazioni sono importanti, e si dedurranno successivamente.

296. Fa d' uopo tuttavolta osservare che spesso la parola *condizione* è usata dai testatori, ed anche talune volte ancora nella legge (art. 954 c. c. = *879 ll. cc.*), per indicare un *peso* da eseguirsi; come in senso inverso, si rinviene assai di frequente nei testamenti la voce *peso* adoperata per esprimere una vera condizione, cioè il caso di un avvenimento futuro ed incerto.

Quindi quando dico: « Lego la mia casa a Pao« lo a *condizione* che sborserà mille franchi a' miei « eredi », è presumibile che io voglia soltanto im-

porre un peso; ed allorchè dico: « Lego la mia « casa a Paolo, *col peso* che sarà nominato al ta- « le impiego », è presumibile al contrario che io voglia far piuttosto una disposizione condizionale, anzichè una disposizione con peso.

Donde segue, nel primo caso, che la morte del legatario avvenuta prima di aver sborsato i mille franchi ai miei eredi non renderebbe caduco il legato: i suoi rappresentanti od aventi dritto potrebbero dimandarlo adempiendo al peso, menochè tuttavolta dalle circostanze della causa, e soprattutto dal tempo che fosse trascorso dalla mia morte sino a quella del legatario, non risultasse pruova bastante che questi non volle adempiere al peso, e che volle piuttosto in tal modo rinunziare al legato, e menochè eziandio non fosse stata mia intenzione di fare questo legato sotto una condizione propriamente detta, lo che non si supporrebbe facilmente in simil caso, vigente il Codice; mentrechè nel dritto romano, al contrario, si scorgeva generalmente una condizione in simili disposizioni. Ma l' art. 1040 c. c. = *995 ll. cc.* è il solo principio cui bisogna attenersi in siffatte specie di quistioni; e secondo questo articolo, non basta che una disposizione sembrasse di essere stata fatta sotto condizione (ciocchè suppone anche da principio), perchè essa divenga caduca colla premorienza dell' erede istituito o del legatario; ma bisogna di più che questa condizione sia *tale*, *che*, *secondo la mente del testatore*, *la disposizione non debba*

eseguirsi se non quando si verifichi o non si verifichi l' avvenimento; ciocchè per conseguenza è una quistione d'interpetrazione di volontà, lasciata in generale alla saggezza de' tribunali, quando il testatore non siasi chiaramente spiegato.

297. Se la condizione apposta alla disposizione sia di non fare una data cosa, e non debba essa reputarsi non iscritta, perchè non fosse in alcun modo contraria alle leggi o al buon costume, bisogna distinguere se sia di natura da adempiersi in vita del legatario, o se non possa verificarsi che a morte sua. Per esempio: « Lego a Paolo dieci mi« la franchi, se non imprenda lo stato ecclesiastico « prima dell'età di anni trenta »; oppure, « se « non abbracci lo stato ecclesiastico (1) ».

Nel primo caso il legatario non può domandare il legato se non quando sarà giunto all'età di trent'anni senz' aver abbracciato lo stato ecclesiastico.

Nel secondo, bisognerebbe, *stricto jure*, attendere la sua morte per giudicare se la condizione siasi o pur no verificata (2); e supponendo l'affermativa, il legato non sarebbe pagabile che ai suoi eredi.

Per ovviare a siffatto inconveniente, i giureconsulti romani avevano adottato un mezzo proprio

(1) Questa condizione non ha cosa alcuna d'illecito. *V.* nel tomo precedente, n.° 156, in cui citiamo l' uniforme opinione di Ricard.

(2) Imperocchè il matrimonio del legatario non basterebbe per far dire di essersi verificata, poichè potrebbe divenire vedovo ed abbracciare lo stato ecclesiastico.

a conciliare gl' interessi del legatario con la volontà del testatore: il legatario era ammesso a dimandare immediatamente il rilascio del legato, col peso di dar cauzione, che nel caso in cui contravvenisse alla condizione restituirebbe la cosa, coi frutti da lui raccolti e con tutti i vantaggi che avesse potuto ritrarne. Questa era la cauzione *muciana*, così chiamata dal nome di *Quinto Muzio Scevola*, che l' aveva immaginata (1).

Ma non bisogna confondere questo caso con quello di un legato fatto a qualcuno, *allorchè morrà*, *CUM MORIETUR*: questo legato, come lo abbiam detto, non è condizionale; è un legato a termine e non altro; la volontà del testatore è manifesta. In conseguenza il legatario non ne può domandare il rilascio, anche offrendo cauzione. In effetti ciò è legare agli eredi del legatario, e tuttavolta il legato e valido.

Queste risoluzioni erano seguite nella nostra antica giurisprudenza (2), e non avvi alcun motivo di allontanarsene vigente il Codice.

Se nel primo caso il legatario morisse avanti l'età di trent' anni, senz' aver abbracciato lo stato ecclesiastico, siccome la condizione non si sarebbe verificata che colla sua morte, si potrebbe sostenere sino ad un certo punto, che non abbia acquistato il legato, e per conseguenza che non lo trasmise a' suoi eredi. Ma l' opinione contraria è più

(1) Come ce lo insegna Giustiniano nella sua novella, cap. 43.

(2) Ricard, *delle Disposizioni condizionali* n.° 22, 301 e seguenti.

ragionevole: non sarebbe vero il dire in fatti in questo caso, che il legatario sia morto *prima* dell'adempimento della condizione, lo che tuttavia sarebbe necessario, giusta l'art. 1040 c. c. = *995 ll. cc.*, perchè il legato fosse divenuto caducò: la condizione si trovava adempita anche in vita del legatario, subitochè era divenuto certo che non abbraccerebbe lo stato ecclesiastico; or ciò era divenuto certo nel momento in cui esalava l'ultimo respiro, ed a quell'epoca egli viveva ancora, giacchè *moriendi momentum vitæ attribuitur, quoniam viventes morimur*, osserva benissimo Vinnio, sul §. 35, INSTIT. *de legatis.*

298. Le condizioni debbono adempiersi secondo la probabile intenzione del testatore; art. 1175 c. c.=*1128 ll. cc.* Bisogna allora considerare i motivi che egli potè avere imponendo quella apposta alla sua disposizione, e ciò farà che spesso i tribunali, come lo abbiam detto, non iscorgeranno che un semplice peso nella clausola, quantunque il testatore si sia servito dell' espressione *condizione.*

299. Allorchè siensi apposte molte condizioni cumulativamente, devono tutte adempiersi. Se sieno state apposte disgiuntivamente, basta che si verifichi una di esse.

Le condizioni in generale sono apposte cumulativamente quando lo sieno colla congiunzione copulativa *e*, e disgiuntivamente quando lo sieno colla congiunzione alternativa *o*. Vi sono talune eccezio-

ni a questa regola, ma rare, e non risultano che dalla presunta intenzione del defunto.

300. Ed allorchè la condizione sia apposta con una certa circostanza, bisogna che si adempia con siffatta circostanza, la quale fa anch' essa parte della condizione, o ne forma una secondaria.

Da ciò emerge che, qualora siasi stabilito un tempo pel suo adempimento, si stima mancata, se il tempo sia spirato senza che sia accaduto l' avvenimento; art. 1176 c. c. = *1129 ll.* cc.

301. I Romani, come di ragione, non ammettevano che l' effetto del legato potesse dipendere dal libero arbitrio di un terzo; in guisachè se si fosse legato a Sempronio sotto questa condizione, *si Titius voluerit*, il legato sarebbe stato nullo, quando anche Tizio avesse dichiarato la sua volontà per la validità del legato (1). Ma essi ammettevano benissimo che si potesse lasciare un legato sotto una condizione il cui adempimento dipendeva tuttavia, sotto un aspetto, dalla volontà di un terzo, per esempio, *si Titius ad Capitolium ascenderit, Seio do, lego* (2). Imperocchè quantunque anche in questo caso dipendesse da Tizio il far svanire il legato non salendo al Campidoglio, nulladimeno siccome non dipendeva assolutamente dal suo libero arbitrio, poichè non sarebbe stato caduco se non quando Tizio si fosse astenuto dal fatto che era l' oggetto della condizione, si riguardava

(1) L. 52, ff. *de condit. et demonst.*; l. 68, ff. *de heredib. instit.*

(2) *Dictis* l. 2, ff. *de condit. et demonst.*; e 68, ff. *de heredib. instit.*

questo legato come valido se tale condizione si adempiva in effetti. A questo caso appunto, ed a qualche altro analogo, i giureconsulti romani applicavano la regola *expressa nocent, non expressa non nocent.*

Essi riguardavano ugualmente come valido il legato fatto a qualcuno nel caso in cui un terzo designato lo stimasse giusto e ragionevole, per esempio: *Si Titius existimaverit, comprobaverit, justum putaverit; quia viro potius bono ei commissum est* (1).

302. Queste risoluzioni non sembrano di essere state rigettate dal Codice; e, per esempio, la disposizione colla quale l' erede o l' esecutore testamentario è incaricato di dare una somma al sindaco o al curato del comune, o ad un'altra persona indicata, *per farne la distribuzione ai poveri di questo comune*, o *ai poveri più bisognosi e più meritevoli*, è generalmente riguardata come valida. Un' ordinanza reale, che citiamo in appresso, autorizzò l'accettazione di simile disposizione. Il legato non dipende in fatti dalla persona indicata: soltanto la distribuzione della somma è affidata alla sua saggezza. Il legato neppure si reputa fatto a persona incerta, poichè coloro che debbono profittarne possono benissimo essere riconosciuti.

303. Anticamente si riguardava come validissima la seguente clausola: « Istituisco Paolo mio lega-

(1) L. 75, ff. *princip. de legat.* 1.

« tario universale, col peso di dividere la mia e-
« redità con quello o con quelli suoi eredi che
« vorrà scegliere ».

L'articolo 14 del titolo 1.° dell'ordinanza del 1747 parla della ipotesi di una simile clausola. Siffatta disposizione non sarebbe una sostituzione fedecommessaria, ma un semplice fedecommesso, se il peso di scegliere dovesse adempiersi prima della morte dell'istituito. Ciò sarebbe soltanto un peso dell'istituzione, e sarebbe stato valido, a parer nostro, anche prima della legge del 17 maggio 1826. Ritorneremo in appresso su tal punto.

304. I Romani neanche ammettevano, come ben si suppone, che l'effetto del legato potesse dipendere dalla volontà dell'erede che avrebbe dovuto soddisfarlo (1): per effetto del medesimo principio che l'obbligazione contratta sotto condizione potestativa da parte di chi si obbliga, è nulla (art. 1174 c. c. = *1127 ll. cc.*), e non ha dell'obbligazione che il nome. Non avean pure ammesso che si potesse legare sull'erede, *sub nomine pœnæ*, cioè con obbligo per parte sua di pagar un tanto ad un terzo, nel caso in cui esso erede facesse o non facesse la tale cosa: per esempio, nel caso in cui andasse o non andasse a Capua; nel caso in cui desse o non desse sua figlia in matrimonio a Tizio (2). La ragione di questo divieto è che, si di-

(1) L. 43, §. penult., ff. *de legat.* 1.°
(2) *V.* il §. 36, Instit. *de legatis.*

ceva, la libertà dell'erede non dev' essere ristretta, ed i legati debbono essere l'effetto di un sentimento di benevolenza del testatore verso il legatario, piuttostochè l'effetto di un atto di animosità contro l'erede: *Legáta, non ex odio, sed ex benevolentia, proficisci debent.* Ma gl' interpetri adducevano ancora per ragione che ciò era far dipendere l'evento del legato dalla volontà dell' erede, mentre al contrario è natura del legato che non sia lasciato a suo libero arbitrio.

Come il dicemmo nel tomo precedente (1), Giustiniano cangiò questa giurisprudenza (2), e dichiarò che questi legati sarebbero validi: in conseguenza che l'erede per essere dispensato dal pagare il legato, sarebbe tenuto di fare la cosa a lui prescritta, o di astenersi di fare quella vietatagli, menochè la cosa a lui prescritta o vietata non fosse contraria alle leggi, al buon costume, o impossibile. La disposizione di Giustiniano era seguita nella nostra antica giurisprudenza, e siccome essa è ragionevolissima, lo sarebbe ugualmente vigente il Codice, giusta i motivi da noi addotti quando trattammo questo punto. Il legato, in siffatti casi, dipende indubitatamente sino ad un certo punto dalla volontà dell' erede, per quanto dipende da lui il fare o il non fare la cosa; ma non dipende tuttavolta dal suo libero arbitrio, poichè non può evitare di pagarlo che facendo la co-

(1) N.° 117.
(2) Colla legge unica, Cod. *de his quae poenae nomines*, ec.

sa a lui ordinata, o astenendosi dal fare quella vietatagli. « Vi promisi dieci scudi in caso che io « andassi a Parigi, dice Pothier (1): la conven- « zione è valida, giacchè non è interamente in mio « potere il non darli, poichè non posso dispensar- « mene se non astenendomi di andare a Parigi; « avvi dunque da mia parte un' obbligazione, ed « un vero impegno; l. 3, ff. *de legatis* 3.° » Vie maggiormente dev' essere così in materia di legati, poichè il legatario sicuramente fu preso assai in considerazione dal testatore, che avrebbe potuto legare la cosa a qualunque altra persona.

305. Finchè nei legati fatti sotto condizione sospensiva la condizione non siasi ancora verificata, gli eredi incaricati di soddisfare il legato sono proprietarii della cosa legata, e possono in conseguenza farne la divisione, come degli altri beni della eredità (2).

Ad essi appartiene l' azione per rivendicazione contra i terzi detentori (3); prescrivono, se occorre, ed han dritto ai frutti ed alle accessioni: talchè in fatti se il legatario si trovasse in possesso della cosa legata, al momento della morte del testatore, gli eredi potrebbero dimandarla, al pari della restituzione de' frutti da lui raccolti, nel caso in cui potrebbero farseli restituire da un altro pos-

---

(1) *Trattato delle obbligazioni*, n.° 48.

(2) L. 12, §. 2, ff. *famil. ercisc.*

(3) L. 66, ff. *de rei vind.*

sessore (1). In guisa che se ne fosse fittaiuolo o inquilino, il fitto continuerebbe ad esser dovuto agli eredi.

306. Ma il legatario ha tuttavia la facoltà di fare gli atti conservatorii del suo dritto: l'art. 1180 c. c.=*1133 ll. cc.* si applica ai legati condizionali, come alle obbligazioni ordinarie contratte sotto condizione (2); in conseguenza può prendere iscrizione, in conformità degli art. 1017 e 2111 c. c.= *971 e 1997 cc. ll.*, insiem combinati.

E se la condizione si verifichi, gli atti formati dagli eredi sui beni legati saranno senza effetto per riguardo al legatario (3). La proprietà stessa degli eredi era sotto condizione risolutiva, *tanquam sub contraria conditione*: or gli atti fatti da chi non aveva che una proprietà risolvibile sono in generale sottoposti al medesimo evento di risoluzione (art. 952, 1183, 1673, 2125 ed altri c. c. = *877, 1136, 1519 e 2011*); salvo per ciò che riguarda gli affitti fatti in buona fede; art. 1673 c. c. = *1519 ll. cc.*

A vantaggio dunque del legatario la prescrizione sarà decorsa ed avrà avuto effetto *pendente conditione*, se il defunto non era che un semplice possessore; imperocchè gli eredi, come gravati del le-

(1) L. 32, §. 1, e l. 42, ff. *de legatis* 2.o. Ricard, *delle Disposizioni condizionali*, n.o 182.

(2) Ricard, *ibid.*

(3) Medesima legge 12, §. 2, *famil. ercisc.*; l. 11, §. 1, ff. *quemad. servit. amitt.*; l. 105 ff. *de condit. et demonst.*, ed altre. Ricard, *ibid.* n.o 183.

gato, possedevano pure eventualmente, nell' interesse del legatario, in virtù anche della volontà del loro autore.

307. Ricard (1), basandosi sul dritto romano (2), opina che il legatario possa esiger cauzione dagli eredi che gli rilasceranno il legato all' epoca dell' avvenimento preveduto. Il Codice per massima non istabilisce cosa simile, salvo la disposizione generale dell' art. 807 c. c. = *726 ll. cc.*, riguardante il caso in cui l' erede accetti l' eredità col beneficio dell' inventario, nel qual caso i creditori o *altre persone interessate*, ed in conseguenza i legatarii, anche sotto condizione, posson esiger da lui buona e valida cauzione de' mobili compresi nell' inventario, e della porzione del prezzo degli immobili non delegata ai creditori ipotecarii; in mancanza di che i mobili son venduti ed il lor prezzo vien depositato, al pari della porzione non delegata del prezzo degl' immobili.

Il testatore altronde ordinar poteva ai suoi eredi di somministrar cauzione al legatario, e potè eziandio provvedere alla costui sicurezza dando il possesso de' suoi mobili al suo esecutore testamentario; art. 1026 c. c. = *981 ll. cc.* Il legatario da parte sua può dimandare la separazione de' patrimonii (art. 878 c. c. = *798 ll. cc.*), e può infine, anche prima che si verifichi la condizione,

---

(1) Ricard, *loco citato*, n.° 189.

(2) *V.* i titoli *ut legat. vel fideicom. nomine caveat*, nel Digesto e nel Codice.

prendere iscrizione sui beni ereditarii per conservare il suo privilegio (art. 1180 e 2111 c. c. = *1133 e 1997 ll. cc.*, insiem combinati), poichè è lecito ad ognuno d'iscriversi per la conservazione di un dritto puramente condizionale; art. 2132 e 2148-4.° c. c.=*2018 e 2042-4.° ll. cc.* Ma precisamente queste disposizioni indicano abbastanza non essere stata idea de' compilatori del Codice di sottoporre indistintamente gli eredi a somministrar cauzione ai legatarii condizionali, viemmeno che ai legatarii a termine.

508. Abbenchè Ricard opini che il legatario sotto condizione abbia dritto, *pendente conditione*, di esiger cauzione dagli eredi incaricati della soddisfazione del legato e di far tutti gli atti conservatorii del suo dritto, pretende nulladimeno che la prescrizione non corra contro di questo legatario finchè non siasi fatto luogo al legato per essersi verificata la condizione, attesochè, egli dice, la prescrizione non può correre contra chi non può agire: *contra non valentem agere, non currit præscriptio.*

Questa proposizione è troppo generale: no, la prescrizione non corre a vantaggio degli eredi, ed a loro riguardo applicasi perfettamente l'opinione di Ricard, confermata altronde dall'art. 2257 c. c. = *2163 ll. cc.*; imperocchè gli eredi prescriverebbero ad effetto di liberarsi, e la prescrizione nei debiti a termine o sotto condizione non può cominciare il suo corso se non dalla scadenza del

termine, o dall' avveramento della condizione. Ma riguardo ai terzi detentori de' beni legati, non v'è alcun ostacolo che decorra a lor favore, poichè da una parte non vi è disposizione del Codice che vi si opponga: anzi gli art. 2262 e 2265 c. c.=*2168 e 2171 ll. cc.*, stante le generiche loro espressioni, suppongono il contrario; e d' altra parte non è vero il dire che il legatario, il quale poteva fare tutti gli atti conservatorii del suo dritto, trovavasi nel caso dell'assioma *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Eccetto i casi in cui il legislatore scorse in un impedimento qualunque, un motivo bastante per farne la base di un dettame ad effetto di sospendere il corso della prescrizione, come lo fece nel precitato art. 2257, questo assioma non ha altra forza che quella di quei dogmi di giurisprudenza non muniti della sanzione legislativa. Altro in fatti è la prescrizione per acquistare, altro la prescrizione per liberarsi (1).

309. Dippiù Ricard (2) ammette che, *pendente conditione*, possa il legatario transigere sul suo diritto con l' erede il quale deve il legato, e fare a tal riguardo un contratto, una novazione, come ve l'autorizzavano le leggi romane (3); ma dice che non gli sia lecito di *rinunziare* al legato, attesochè non può rinunziarsi ad un dritto che non si

---

(1) Avemmo già occasione di discutere questo punto sopra casi analoghi, nel tomo precedente, n.[i] 379, 496 e 553.

(2) *Delle disposizioni condizionali*, n.° 168 e seguenti.

(3) L. 21, §. 1, ff. *de pactis.*

ha, e che avvien così del legato come di una eredità, alla quale non puossi rinunziare, finchè non siavisi fatto luogo.

Se Ricard volle solamente dire con ciò che la rinuncia che il legatario facesse del suo dritto eventuale non lo vincolerebbe finchè non fosse accettata dall' erede; se intese parlare, come il dritto romano (1), di una semplice rinuncia, siamo perfettamente del suo parere; ma se volle dir puranche, come il contesto delle sue proposizioni induce a crederlo, che il legatario non possa rinunciar gratuitamente al legato di comune accordo coll' erede, sosteniamo di esser questa una proposizione falsa, ed anche contraddittoria con quella che egli stesso stabilisce; imperocchè se è permesso al legatario di fare un contratto sul legato, abbenchè non siasi ancora verificata la condizione, è perchè avvi qualche cosa, qualche dritto che forma la materia di tale contratto: or per questo stesso motivo, un tal dritto, quantunque eventuale, può esser pure la materia di una rinuncia. Un creditore condizionale rinuncia benissimo al suo dritto, purchè sia capace; per la medesima ragione un legatario sotto condizione rinunciar può al suo. Altronde a chi è lecito di contrattare, di transigere, è lecito di rinunciare; e se non è permesso di rinunciare ad una eredità cui non siasi fatto luogo, egli è perchè non è permesso nè di contrattare, nè di transigere sopra una

(1) L. 45, §. 3, ff. *de legatis* 2.°

simile eredità; art. 791 e 1130 c. c. = *708 e 1084 ll. cc.*

310. Circa ai succennati effetti, importa poco in generale di esaminar se nei legati come nei contratti la condizione verificata abbia effetto retroattivo, cioè se il legatario si reputi di essere stato proprietario de' beni legati dal dì della morte del testatore, o se venga riputato di esserlo dal giorno soltanto in cui si verificò la condizione; imperocchè lo scioglimento della quistione, circa ai suoi effetti, sarebbe generalmente piuttosto di teorica che di utile reale.

Ma per altri aspetti essa ha maggiore importanza, e fu molto agitata fra gli autori, i quali sovente di accordo sugli effetti generali, disputarono sol per non essersi intesi ed aver bene stabilita la stessa quistione.

Primieramente è indubitato, per ciocchè riguarda la trasmissione agli eredi del legatario morto prima dell' avvenimento, che la condizione verificatasi di poi non ha effetto retroattivo (art. 1140 c. c. = *1094 ll. cc.*); mentrechè ne ha uno potente in generale nei contratti; art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.* Lo abbiam già detto.

Nettampoco ne avea nel dritto romano, riguardo alla persona cui dovea appartenere il beneficio del legato condizionale fatto ad un figlio di famiglia o ad uno schiavo, allorchè al momento in cui verificavasi la condizione il legatario era uscito dalla potestà del padre o del padrone: in tal caso il lega-

to apparteneva al figlio divenuto *sui juris*, o al manomesso o al nuovo padrone. Mentrechè il beneficio di una stipulazione, o di qualunque altra convenzione, fatta sotto condizione da un figlio di famiglia o da uno schiavo, apparteneva al padre o al padrone, quando anche la condizione si fosse verificata dopo l'emancipazione del figlio o la manomissione o l'alienazione dello schiavo (1).

La legge 59, §. 1, ff. *de condit. et demonst.* offre pure l'esempio di un caso in cui la condizione verificata sembrava di non avere effetto retroattivo. Ulpiano, autore di questa legge, dichiara che il legato fatto sotto condizione ad uno il quale trovasi colpito di deportazione al momento della morte del testatore, non è caduco immediatamente per questa ragione; ma rimane in sospeso, stante la possibilità che il legatario abbia ricuperato i dritti civili allorchè si verificherà la condizione. Or se essa avesse avuto un effetto retroattivo al giorno della morte del testatore o anche semplicemente al giorno dell'adizione dell'eredità, siccome il legatario era incapace di raccogliere il legato a quell'epoca, tal legato avrebbe dovuto esser dichiarato caduco immediatamente, e fra di tanto non lo è: non lo sarebbe se non qualora al momento che si verifichi la condizione il legatario si trovasse ancora colpito dalla deportazione. Vero è che il giureconsulto emette il suo parere con una specie di esita-

(1) L. 78, ff. *de verb. oblig.*; l. 18, *de regul. juris*; e l. 5, Cod. *de condit. insertis tam legat.*

zione, e che secondo Gotofredo nelle sue note su tale testo, egli ebbe in mira di restringere l'applicazione delle leggi caducarie; ma in fine lo emette. In talcaso almeno, come in taluni altri (1), la deportazione non era assimilata ne' suoi effetti alla morte naturale.

311. Risulterebbe eziandio dalla succitata legge che nei legati condizionali (2), la capacità del legatario era considerata solo al momento che verificavasi la condizione; e come si vide nel tomo precedente (3), Ricard e Furgole, il cui parere abbracciammo, la richiedevano a quest'epoca soltanto: talchè vi sarebbe a conchiudere da siffatta dottrina che quando anche il legatario si trovasse colpito da morte civile al momento in cui il testatore trapassa, il legato sarebbe ancora valido, se questo legatario avesse ricuperato i diritti civili al momento che si verifica la condizione. Ma in siffatto parere, che crediamo ben fondato, è chiaro che la condizione verificata non avrebbe effetto retroattivo, poichè altrimenti bisognerebbe giungere sino a dire che il beneficio del legato debbe appartenere a quelli che han raccolto i beni del legatario al momento in cui è stato egli colpito dalla morte civile, in conformità dell'art. 25 c. c.: or è impossibile il pretenderlo; non ad essi

---

(1) *V.* la l. 121, §. 2, ff. *de verb. oblig.*

(2) Ma vedi nondimeno, circa alle *istituzioni* condizionali, il §. 4 Inst., *de heredum qualit. et differ.*

(3) N.i 223, 224, e 230 a 234.

il testatore intese donare, e l'esistenza prolungata del loro autore non può lor servire ad acquistar beni da parte sua (1). Non si è potuto far luogo al dritto che in persona sua, e soltanto dal dì in cui si è verificata la condizione; in conseguenza il legatario morto civilmente prima che essa si fosse verificata non ha trasmesso loro cosa alcuna a tal riguardo; a differenza del caso in cui si fosse trattato di una donazione condizionale, giacchè allora senz'alcun dubbio la condizione verificata avrebbe avuto un effetto retroattivo a vantaggio degli eredi, in virtù degli art. 1179 e 25 c. c. = *1132 ll. cc.*, insiem combinati.

Del resto non opiniamo meno che il legatario debb'essere nato o conceputo al momento della morte del testatore, abbenchè il legato fosse condizionale: l'art. 906 c. c. = *822 ll. cc.* non distingue, e l'art. 49 dell'ordinanza del 1735 *sui testamenti* dichiarava che l'istituzione di erede fatta per mezzo di testamento non potrebbe valere *in nessun caso*, se quello o quelli a cui favore fosse fatta non si trovassero nati o conceputi in tempo della morte del testatore. Quindi, come il dicemmo nel tomo precedente (n.° 224), citando l'opinione uniforme di Furgole e di Butarico, non potrebbesi legare in questo modo: *Se Maria giunga a*

(1) Salvo nondimeno per ciocchè riguarda la rendita vitalizia (art. 1982 c. c. = *1854 ll. cc.*); ma ciò ha per motivo che nei contratti il caso di *morte*, preveduto dalle parti, s'intende generalmente del caso di morte naturale.

concepire dopo la mia morte, lego cento al figlio che nascerà da lei. Se in fatti Maria partorisca un figlio nato vitale, il legato sarebbe sempre nullo, come avendo avuto il nullo per oggetto al momento in cui la disposizione doveva cominciare a produrre qualche effetto, quando anche fosse una speranza. All' opposto nel caso in cui il legatario esiste naturalmente al tempo della morte del testatore, benchè sia incapace a quest'epoca, può nondimeno essere ancora l' oggetto di una liberalità condizionale, a motivo, dice Ulpiano, della speranza che avvi di poter riacquistare la capacità di raccogliere, al momento in cui si verificherà la condizione.

312. Sotto gli aspetti di cui abbiam parlato, è vero il dire che la condizione verificata, nelle disposizioni testamentarie, non è riputata di aver effetto retroattivo; ma per ciocchè riguarda il legatario medesimo, e l'epoca in cui stimasi di aver egli acquistato il dritto ed avuto la proprietà de' beni legati, il motivo delle leggi romane citate in pruova che la condizione verificata non ha effetto retroattivo nei legati, non si applica in alcun modo vigente il Codice.

Da ciò sorge che se una donna cui siasi fatto un legato di cosa mobile sotto condizione, si mariti *pendente conditione*, stipulando che i suoi mobili presenti le rimarran proprii, senz' altra spiegazione, l' oggetto legato non deve cadere nella sua comunione, quando anche la condizione si verifi-

casse durante il matrimonio. Deve riputarsi che la legataria abbia acquistato il diritto dal dì della morte del testatore, ed in conseguenza aver compreso la cosa legata nell' esclusione de' suoi mobili presenti: ella intese di riservarsi tutti i suoi dritti sopra mobili, anche eventuali, tutti quelli in somma pei quali aveva allora un titolo, quantunque di effetto incerto.

Da ciò ancor segue che quante volte sia legato un immobile sotto condizione ad un minore, si trovi esso posseduto da terze persone e si verifichi la condizione, la prescrizione, dal giorno della morte del testatore, non sarà decorsa durante la minore età, giacchè non decorre contra i minori (art. 2252 c. c. = *2158 Il. cc.*); mentrechè se si dichiarasse di riputarsi che il minore abbia avuto dritto alla cosa legata dal giorno soltanto in cui si è verificata la condizione, ne risulterebbe che la prescrizione avrebbe potuto compiersi *pendente conditione*, poichè il detto art. 2252 non le sarebbe di alcun soccorso; mentre non sarebbe corsa *contra* di lui, ma contra l' erede proprietario allora dell' immobile, salvo al legatario la sua azione per indennità contro di quest' ultimo per non aver saputo conservare la cosa legata. Ma non è così, a parer nostro almeno.

Segue ancora dalla nostra proposizione, e per questo aspetto il dritto romano medesimo (1) era di

---

(1) L. 12, §. 2. ff. *familiæ erciscundæ*, precedentemente citata.

accordo colla nostra risoluzione, segue diciamo che tutti gli atti (1) che l'erede gravato del legato avrà fatti sui beni legati, *pendente conditione*, resteranno non avvenuti per riguardo al legatario, giusta la regola *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

513. La quistione deve dunque risolversi secondo queste distinzioni, e puossi dire per massima generale che la condizione verificata ha un effetto retroattivo nelle stesse disposizioni testamentarie, come nei contratti.

Devesi tanto più crederlo, in quanto che i compilatori del Codice non potevano ignorare la controversia ch'era insorta su questo punto fra gli autori, ed in quanto che non hanno essi pur tuttavolta stabilito nella legge sui testamenti alcuna regola particolare alle condizioni apposte ai legati, eccetto quelle degli ar. 900, 1040 e 1041 c. c.=*816, 995 e 996 ll. cc.*: donde è naturale il credere che per gli altri punti abbiano inteso di riferirsi alle disposizioni del titolo *delle Obbligazioni in generale*, riguardanti la materia delle condizioni.

L'obbligazione desunta dal cennato art. 1040 nulla altronde ha di ben conchiudente, giacchè anche negli atti tra vivi, non sempre la condizione verificata ha un effetto retroattivo: essa non lo ha allorchè la cosa sia perita mentre che la con-

(1) Eccettochè nondimeno gli affitti conchiusi senza frode (argomento degli art. 595 e 1673 c. c. = *520 e 1519 ll. cc.*); ed anche questa eccezione, che il dritto romano non avrebbe ammessa, è basata sopra ragioni di utile generale.

dizione era ancora in sospeso, poichè l' obbligo è estinto (art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*), senza che il debitore debba il prezzo, mentre che lo dovrebbe se l' effetto della condizione retroagisse al giorno del contratto, attesochè sarebbe riputato di essere stato proprietario della cosa fino da quel giorno (art. 1138 c. c. = *1092 ll. cc.*), ed allora questa sarebbe perita per lui, giusta la regola *res perit domino.* Ma non avvien così, e con ragione, giacchè è necessario che al momento in cui si verifica la condizione esista un oggetto che sia la materia del contratto, al pari che nel legato condizionale è necessario che al momento in cui si verifica la condizione siavi una persona alla quale il testatore volle donare, per raccoglierlo.

Laonde, a parer nostro ed a parere del dotto Henrys (1), la condizione verificata, nei legati non meno che nei contratti, ha un effetto retroattivo dal dì della morte del testatore, nel senso che il legatario è fin da quell' epoca stimato proprietario de' beni legati. Ciò ne sembra incontrastabile nelle regole del dritto francese, e giungevasi presso a poco a questo risultamento nello stesso dritto ro-

---

(1) Tomo III, lib. 6, quest. 23. *V.* ciocchè dicemmo a tal riguardo nel tomo precedente, n.° 83, riferendo l' opinione di questo giureconsulto intorno ad una quistione la quale si rannoda a quella ch' è ora in discussione. *V.* in oltre il n.° 79 del medesimo volume, dove citiamo l' opinione di Ricard, il quale al par di noi insegna che nel legato condizionale *avvi soltanto un grado* . . . Il medesimo autore, *delle disposizioni condizionali*, n.° 183, riguarda pure il legatario, appena si è verificata la condizione, come proprietario della cosa legata dal dì della morte del testatore.

*

mano, poichè vi si dichiarava ugualmente che gli atti fatti sui beni legati dagli eredi, *pendente conditione*, erano senza effetto riguardo al legatario. La legge 26, ff. *de condit. institut.*, dice anche in espresso modo che la condizione verificata fa quasi reputare puro e semplice il legato: *Conditione expleta, pro eo est, quasi* PURE *hereditas vel legatum relictum sit.*

Non puossi altronde pretendere che il legatario ripeta dall'erede la cosa legata, ma al contrario l'ha egli ricevuta dal testatore *recta via*: le stesse leggi romane così dispongono (1). Or a tal uopo convien supporre che la proprietà degli eredi siasi estinta per effetto dello scioglimento del loro dritto. Tal è del resto la dottrina da noi costantemente professata, trattandò *delle Sostituzioni proibite*, nel tomo precedente, dove stabiliamo con Ricard ed altri, che nei legati condizionali avvi soltanto un grado, che il legatario ripete la cosa legata *recta via* dal testatore; mentre che nelle sostituzioni vi sono in qualche modo due gradi, giacchè il chiamato ripete immediatamente i beni dal gravato, e mediatamente dal disponente.

(1) L. 80, ff. *de legatis* 2.°; e L. 64, ff. *de furtis*.

§. IV.

Del legato fatto con peso.

314. Non bisogna confondere col legato condizionale il legato fatto con un peso, che i giureconsulti romani chiamavano *modus* (a), modo. Av-

---

(*a*) La *condizione* col *modo* facilmente si confonde, venendo nelle leggi medesime spesse volte adoperata quella per questo, e *vice versa*. Ma fa d'uopo distinguere l'una dall'altro per ben giudicare del valore della disposizioni testamentarie. I distintivi più essenziali sono, che la prima si suole concepire per lo più colla particella *se*; il secondo colle particelle *affinchè*, *perchè*, che corrispondono al *si* ed all'*ut* de' Latini. Il secondo distintivo è che la prima sospende l'effetto della istituzione, o del legato; il secondo non lo sospende. Il nostro Cirillo (nel suo trattato *de condition. et demonstrat.*, *part. 2, p. 238*) così si esprime: *Ad* CONDITIONES *videntur accedere* MODI; *namque hi æque ut illæ futurum tempus respiciunt: unde in multis locis juris, qui proprie* MODI *sunt*, CONDITIONES *dicuntur*, l. *liberto* §. Lucius de an. legat. *l. Mævia de manumiss. test.*, *et l. Titio §. de condit. et demonst. Vere tamen inter* MODUM *et* CONDITIONEM *magna differentia est. Quod vulgo ajunt particulam* SI *facere conditionem, particulam* UT *modum facere, id quidem plerumque verum est, et non obscure colligitur ex l.* demonstratio 17 §. *ult. et l. eas 80 de condit. et demonst.; sed non in hoc vere posita est differentia. Hæc in eo est posita, quod* CONDITIO *suspendit, non item* MODUS: *quo fit, ut legatarius sub conditione non ante legatum acquirat, quam existat conditio, legatarius autem sub* MODO *legatum statim acquirat, modum deinde impleturus, nisi quod ejus rei gratia cavere debet heredi; cit. l. eas 80.*

Queste teoriche cennate pure nella note al n.º 128 del precedente volume, e che si desumono dalle leggi 108 ff. *de condit. et demonstrat.*, 4 e 5 ff. *quando dies legati ec.* e dalla legge *un.* §. *7, cod. de cad. toll.*, vengono con chiarezza egualmente precisate dal *Voet (ad Pandect. tit. de condit. instit. n.º 24)*, e dal Donello (*Comment. de jure civ. lib. 8, cap. 14, §. 4*). Il Cardinal de Luca

vi fra essi la similitudine che il peso, come la condizione, deve in generale adempiersi, sotto pena di rivocazione del legato; ma il peso differisce dalla condizione sospensiva „ in quanto che non sospende l'effetto della disposizione, mentrechè la condizione lo sospende. Segue da ciò che la morte del legatario sopraggiunta prima che il peso si sia adempito non fa svanire il legato, in vece che farebbe svanire il legato condizionale.

Il peso nettampoco impedisce al legatario di dimandare immediatamente il rilascio del legato; nell'atto che la condizione fin chè non siasi verificata, ne sospende necessariamente l'esecuzione, poichè ne sospende pure l'effetto. Ben si vede perciò quanto importi di ben distinguere queste diverse specie di legati.

315. Un legato è fatto sotto un modo o un peso, allorchè il testatore abbia prescritto al legatario di dar qualche cosa ad un terzo, o di fare qualche cosa, come la legge 17, §. 4, ff. *de condit. et demonst.* ce ne offre molti esempii: *Quod si*

(de legat., disc. 67), primario maestro della dottrina del foro, insegna la regola da tenersi per distinguere quando una disposizione contenga CONDIZIONE OVVERO MODO. Se dal testamento si ravvisa che il testatore voglia che il legatario non acquisti il legato prima di adempiere o la condizione o il peso ingiunto, in questo caso, quali sieno state le espressioni, rimanendo sospeso l'acquisto del legato sino a tanto che il legatario non avrà adempito, è chiaro che il legato è condizionale. Se all' incontro si conosce esser volontà del testatore che il legatario conseguisse il legato prima di adempiere la condizione o il peso ingiunto, in tale altro caso il legato non si considera *sub conditione*, ma *sub modo*. TRAD.

cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatoris, vel opus aut epulum municibus faceret vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur (1).

316. Ricard (2), il quale chiama tali disposizioni *onerose*, giacchè in fatti contengono un *peso* da adempiersi dal legatario, porge questo esempio: « Lego alla casa di Sorbona cento mila scu« di, col peso che mediante questa somma si fa« rà fabbricare in sei mesi una biblioteca ». Il legatario, egli dice, può ottenere immediatamente il rilascio del legato, ma offrendo cauzione per sicurezza della esecuzione del peso (3). Torneremo a parlare di questa cauzione.

317. Se io lego la mia casa a Paolo, col peso per parte sua di dare 1000 fr. a Filippo, io fo pure un legato con semplice peso, e non un legato condizionale, quando anche avessi detto, *a condizione* che Paolo dovrà 1000 fr. a Filippo.

Se Filippo muoia prima di me, la disposizione fatta in suo favore divien caduca; ma la caducità giova a Paolo, e non a colui che profitterebbe della caducità del legato principale: *nam quem sequuntur incommoda, eundem debent sequi commoda.* Paolo ne profitta *tanquam jure non decrescendi*, come se il peso non fosse stato imposto (4).

(1) *V.* pure nel Cod. il titolo *de his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.*

(2) *Delle disposizioni condizionali*, n.° 6.

(3) L. 40, §. 1, *de condit. et demonst.*

(4) Ricard, *delle donazioni*, part. 3, n.° 504; *delle disposizion*

Se muoia prima di me Paolo legatario diretto, e mi sopravviva Filippo, i 1000 franchi dovranno essergli pagati da chi profitterà della caducità del legato della casa, in virtù della medesima massima, *quem sequuntur incommoda*, ec. (1); la casa rimane *cum onere* a chi aveva incarico di consegnarla a Paolo.

Purtuttavia se il peso imposto a quest' ultimo fosse stato qualche fatto a lui personale, come di fare un quadro di mano sua per Filippo, il peso non passerebbe alla persona che raccoglierebbe il legato principale in mancanza di Paolo: esso sarebbe caduco (2).

318. La circostanza che Filippo fosse incapace di ricevere da Paolo non dispenserebbe costui dall' adempiere il peso; giacchè non da lui in realtà Filippo riceverebbe il beneficio della clausola. La L. 55, ff. *de condit. et demonst.*, dichiara in simil caso, che il peso non dev' esser meno adempito, benchè, secondo questa legge, il terzo non dovesse profittare della disposizione fatta a favor suo (3). Il giureconsulto giunge anche sino a dire che se il testatore avesse imposto a Paolo l' obbligo di depositare una somma sopra di una strada maestra,

condizionali, n.° 144 e seguenti. L. 17, ff. *de legatis* 2.°; e legge unica Cod., §. 7, *de caducis tollendis*.

(1) Medesima legge *de caducis tollendis*, §. 4. *V.* nel tomo precedente, n.° 92, dove citiamo parecchie decisioni emesse in questo senso su casi analoghi, ed in conformità della massima onde siamo qui determinati.

(2) Medesima legge, §. 9, vers. *si vero talis.*

(3) Essa gli era tolta dal fisco in virtù delle leggi caducarie.

o di gettarla in mare, il peso dovrebbe pure adempiersi perchè il legato avesse il suo effetto. Sarebbe superfluo, crediamo, di fare osservare che simile disposizione non verrebbe seguita fra noi: il peso in quest' ultimo caso sarebbe indubitatamente considerato come non iscritto; ma nel caso dell' incapacità del terzo per riguardo a Paolo, costui dovrebbe sempre adempierlo, ed il terzo ne conserverebbe il beneficio, come l'avrebbe conservato vigente il dritto giustinianeo, dopo l'abolizione delle leggi caducarie.

319. Avvi maggior dubbio allorchè il terzo sia incapace di ricevere dal testatore, non certamente che si possa credere di aver egli dritto allora al beneficio del peso, giacchè è chiaro che non può pretendervi: altrimenti non vi sarebbe cosa più facile che di eludere le leggi le quali vietano di donare ad incapaci; ma per conoscere se il beneficio del peso debba almeno appartenere a coloro che profitterebbero della caducità del legato principale. Puossi dire per l'affermativa che il testatore legò la casa a Paolo con questo peso; che la sua disposizione non dev'essere scissa, e che altronde la circostanza di esser il terzo incapace di ricevere dal testatore, è una cosa la quale non riguarda il legatario. Puossi aggiungere che tal caso è diverso da quello in cui il terzo muoia prima del testatore, giacchè in quest' ultimo, se il peso non è adempito, è per la forza delle cose, mentrechè nell' ipotesi in quistione, il legatario contravverrebbe al-

la volontà del testatore non eseguendo il peso.

Nondimeno bisogna attenersi alla contraria opinione: avvi la stessa ragione che quando il terzo premuoia al testatore; poichè per la forza delle cose eziandio non può eseguirsi il peso; avvi anche una ragione di più, ed è che questo peso dev' essere riputato non iscritto, come essendo stato apposto a favore di un incapace, contra il voto della legge. Non fu esso imposto a vantaggio degli eredi tenuti al rilascio del legato, e non si vede quindi perchè essi ne profitterebbero. La caducità, qualunque ne sia la cagione di un legato particolare posto a carico di un legatario universale o a titolo universale, profitta a colui che n' era tenuto; per la medesima ragione, la caducità del peso nella specie in esame deve profittare a chi doveva adempierlo, sempre secondo la regola *quem sequuntur incommoda, eundem debent sequi commoda.* Questo peso forma in qualche modo un legato speciale, e ciò è sì vero, che la morte del terzo prima di quella del testatore lo fa svanire. La citata legge 55, ff. *de condit. et demonst.*, non potrebbe dunque menomamente applicarsi: essa non favoriva altronde in alcun modo l' erede incaricato del rilascio del legato, ma bensì il fisco: or appresso noi il fisco non è punto interessato allo scioglimento della quistione. Il Parlamento di Parigi giudicò in questo senso, nel 13 maggio 1762 con decisione riferita nell'antico Denizart, v.° *disposizioni condizionali.*

Vie maggiormente allorchè il terzo, capace di ricevere dal testatore, non voglia profittare del peso, il beneficio della caducità appartiene a chi era stato imposto: la condizione si reputa verificata: lo stesso dritto romano così dichiarava (1).

Convien dunque aver per massima generale che ogni qualvolta per una causa qualunque, il terzo non raccolga il beneficio del peso stabilito a suo favore, chi era tenuto di eseguirlo ne rimane liberato, ammenochè non sia stata volontà del testatore di farne profittare o gli eredi o qualche altra persona; lo che si stimerebbe secondo le parole del testamento.

320. Se il terzo sia sopravvissuto al testatore, potè egli trasmettere il suo dritto ai propri eredi; ma se il peso messo a suo favore lo fosse stato sotto condizione, nella mente del testatore, allora perchè il dritto passasse ai suoi eredi, bisognerebbe che la condizione si fosse verificata prima della sua morte. Ed in fatti considererebbesi il terzo come un legatario (2), ed in conseguenza gli si applicherebbero le regole riguardanti i legati; giacchè in realtà nella specie in esame è assolutamente come se io avessi legato la mia casa a Paolo, meno mille franchi che costui consegnerebbe ai miei eredi, per isborsarli a Filippo. Or i mille franchi, benchè non usciti *in specie* dalla mia borsa, per-

(1) L. 3, ff. *de condit. institut.*

(2) In virtù di questa massima abbiam dichiarato di sopra, n.° 118, che non può esser testimone nel testamento per atto pubblico.

verrebbero sempre a Filippo per effetto della mia volontà: io adunque lo gratificherei realmente.

321. Nell'antico dritto romano, il terzo non aveva azione contra il legatario: soltanto se questi non eseguiva il peso, poteva l'erede ripetere la cosa legata, ed aveva a tale effetto l'azione chiamata *sine causa*. Ma in prosieguo gl' Imperatori, e Gordiano il primo, dettero al terzo un' azione diretta contra al legatario (1); e senza dubbio avverrebbe lo stesso oggidì, in virtù dell'art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* per argomento.

Per la medesima ragione, il terzo potrebbe agire contra colui che, in mancanza del legatario, avesse profittato della caducità del legato gravato del peso.

322. Il rifiuto del legatario di eseguire il peso non darebbe certamente al terzo il dritto di dimandare la rivocazione del legato, ma gli darebbe quello di dimandarne il rilascio a suo favore, sino alla concorrente quantità che fosse necessaria per l'esecuzione di questo peso.

Ma se fosse stato imposto a favore di chi deve soddisfare il legato, potrebbe quest'ultimo dimandar la rivocazione del legato, in conformità dell'articolo 1046 c. c. = *1001 ll. cc.*, combinato coll'art. 954 c. c. = *879 ll. cc.*

E nel caso in cui il legatario avesse già accettato il legato, competerebbe anche all'erede la scelta, o

(1) L. 2, Cod. *de his quæ sub modo*, ec.; e l. 3, Cod. *de donat. quæ sub modo vel condit.* ec.

di richiedere l'esecuzione del peso, o di dimandare la rivocazione (1).

Infine il dritto di dimandar la rivocazione del legato spetterebbe ugualmente all'erede, abbenchè il peso non fosse stato stabilito nel suo vantaggio, se consistesse in un fatto non valutabile, lecito e possibile; e che non si fosse eseguito.

Ma quando non si tratterà che dell'obbligo imposto al legatario di far qualche cosa per un terzo, o di sborsargli una somma, l'erede incaricato del rilascio del legato avrà raramente il dritto di dimandarne la rivocazione sul pretesto dell'inesecuzione del peso, poichè non sarà interessato che il terzo abbia un'azione; e se costui non agisce contra al legatario, è probabilmente perchè non gli premerà che il peso sia eseguito.

323. Qualora siensi fatti due legati alla stessa persona, uno con peso, l'altro senza peso, non è lecito in generale al legatario di dimandare il rilascio del legato fatto senza peso, e rinunziare all'altro per dispensarsi di eseguire la volontà del defunto (2). Ma vi sarebbe eccezione se dalle circostanze della causa apparisse che il testatore abbia voluto fare i due legati senza relazione di uno all'altro, il che si presumerebbe assai facilmente nel

(1) L. 70, §. 1, ff. *de legat.* 2.°; l. 22, *princip.* ff. *de fideicom. libert. V.* pure ciò che dicemmo nel tomo precedente, n.° 544, dove citiamo in nota molti altri testi del dritto romano i quali così dichiarano.

(2) L. 5, *princip.*, e §. 1, ff. *de legat.* 2.°. Voet *ad pandect.*, tit. *de legat.*, n.° 37.

caso in cui le disposizioni si contenessero in atti diversi: per esempio, con un primo testamento io lego a Paolo la mia casa, e con un' altra disposizione, contenuta in un altro atto, gli lego una vigna, col peso, se la voglia, di pagar mille franchi ai miei eredi. Non dovrebbe allora presumersi di aver voluto il testatore che l' effetto del primo legato dipendesse necessariamente dall' accettazione dell' altro.

524. Allorchè parte della cosa legata non possa rilasciarsi al legatario, perchè questa parte sia perita in mano del testatore, per esempio perchè un terzo ne abbia acquistata la proprietà mediante prescrizione, il dritto romano dichiara, quando il peso sia una cosa divisibile, *puta* di dar dieci a Tizio, che dev' essere ridotto proporzionatamente, giusta la volontà presunta del testatore (1). Questa disposizione dovrebbe benanche seguirsi nel nostro dritto.

Il peso dovrebbe similmente esser diminuito, secondo la stessa presunzione, nel caso in cui il medesimo testatore avesse ridotto il legato, mediante alienazioni o altre specie di rivocazioni.

E se il legato fosse colpito dalla riduzione per somministrar le riserve, il peso dovrebbe pure essere ridotto proporzionatamente; giacchè è desso un legato secondario, un legato accessorio, e che vien anche preferito al legato principale, mentre sussi-

(1) L. 44, §. 9, ff. *de condit. et demonst.*

sterebbe sempre non ostante la caducità di questo ultimo legato, come abbiam detto più sopra: dunque il terzo che ne profitta deve puranche subire la riduzione (1).

Se il legatario sia evinto dell'oggetto del legato, non devesi il peso; se sia evinto sol di una parte, esso è riducibile. In conseguenza qualora siasi pagato, può il legatario ripetere, coll' azione *sine causa*, da chi ne ha ricevuto l'importare.

525. Ma la perdita totale o parziale della cosa legata, sopraggiunta, anche per caso fortuito, dopo la morte nel testatore, non darebbe luogo a ripetere ciocchè si fosse pagato in esecuzione del peso, nè ad una diminuzione: *res perit domino*; salvo al legatario a non accettare il legato, se le cose sieno ancora intatte.

526. Se il legato siasi fatto a due persone, col peso di sborsar dieci all' erede o ad un terzo, ciascuno de' legatarii può adempiere il peso per parte sua: lo potrebbe anche nel caso in cui la clausola fosse stata concepita in forma di condizione (2).

527. Ma se vi fosse un sol legatario, non potrebbe egli dimandare una parte del legato, offrendo di eseguire il peso per la medesima parte (3).

---

(1) Ricard, *delle disposizioni condizionali*, n.° 126, ed argomento tratto dalla legge 32, §. 4, ff. *ad legem falcidiam*.

(2) L. 44, §. 8, e l. 56, *de condit. et demonst.* Ma nel dritto romano questi legati in generale erano condizionali, mentrechè vigente il Codice sono al contrario, in generale, fatti soltanto con peso.

(3) Medesima legge 56.

328. Allorchè un legato fatto con peso sia stato trasferito ad un' altra persona; per esempio, *la casa che io aveva legata a Paolo, la lego a Giovanni*, il legato passa ad un secondo legatario col peso, tranne dichiarazione in contrario da parte del testatore, giacchè per riguardo all' oggetto ed al peso, è il medesimo legato, ma fatto a favore di altra persona.

329. Nondimeno se colla seconda disposizione vi fosse da prima rivocazione del legato fatto a Paolo, e di poi donazione del medesimo oggetto a pro di Giovanni; senza menzione del peso, Giovanni non ne sarebbe tenuto, attesochè sarebbe questo un altro legato, e fatto *sine onere* (1).

Secondo tale distinzione, se il primo legato sia condizionale, la condizione passerà o pur no alla seconda disposizione; e non vi passerebbe in caso alcuno se fosse annoverata fra quelle le quali debbono essere adempite dalla persona a cui sono imposte (2).

330. Ciocchè si è detto circa al peso ed alla condizione è applicabile, o che le due disposizioni abbiano avuto effetto con atti separati, o che abbiano avuto effetto col medesimo atto.

331. Quando ciò che è stato prescritto al legatario sia contrario alle leggi o al buon costume,

(1) Per l' uno e l' altro caso, *v.* la legge 19, ff. *de adimend. vel transf. legat.*, per argomento.

(2) L. 95, *de condit. et demonst.*, e l. 24, ff. *de adim. vel transf. legat.*

il peso si reputa non iscritto, come lo sarebbe una condizione propriamente detta; art. 900 c. c.=816 *ll. cc.*

Ed avverrebbe lo stesso se non dipendesse dal legatario di eseguire il peso (*ibid.*): tal sarebbe il caso in cui egli avesse ricevuto incarico di dare un certo cavallo a Paolo, e questo cavallo fosse morto senza colpa sua, e prima di essere in mora di consegnarlo. Tal sarebbe pure il caso in cui il testatore gli avesse fatto il legato col peso di sposare una data persona, e questa persona non vi volesse acconsentire (1).

332. Sarebbe diversamente se l'impossibilità di eseguire il peso si riferisse soltanto alla persona del legatario, il quale non avesse i mezzi di fare la cosa prescritta (2). Ma questa impotenza potrebbe talvolta esser considerata come assoluta: a cagion d'esempio, quante volte siasi fatto un legato a taluno col peso di sposar la nipote del testatore, ed al momento della costui morte il legatario, che ignorava la disposizione, si trovasse impegnato negli ordini sacri, il peso sarebbe rimesso, come essendo d'impossibile esecuzione; ed il legato per regola generale sarebbe sempre valido, ammenochè il testatore non l'avesse fatto che condizionatamente, solo in mira del matrimonio; il che si stimerebbe secondo le circostanze.

—

(1) Legge 37, ff. *de condit. et demonst.*; l. 92, §. 1, ff. *de legat.* 1.o; l. 1, Cod. *de his. quae sub modo.*

(2) L. 4, §. 1, ff. *de statu liberis.*

333. Allorchè il testatore abbia messo un *modo* al legato in vantaggio del legatario soltanto, come designazione della causa impulsiva della sua liberalità, non avvi veramente *peso*, nè in conseguenza alcun obbligo pel legatario di uniformarvisi. Può dunque dimandare il rilascio del legato, senza essere obbligato di dar cauzione (1). Tal sarebbe il caso in cui il testatore avesse detto: « Lego a Pao« lo 1000 scudi per agevolargli i mezzi di rifab« bricare la sua casa, ch' è stata distrutta per in« cendio »; ovvero: « Lego a Paolo 1000 scudi « per comprar libri, ec. ».

334. Ma avverrebbe diversamente se io legassi a mio fratello 1000 scudi per somministrargli i mezzi di far apprendere un mestiere a nostro nipote, o per innalzare una tomba a nostro padre (2). In somma in tutti i casi in cui sarà volontà del testatore che la cosa da lui prescritta dovrà farsi, sarà questo un vero peso, che dovrà eseguirsi sotto pena di rivocazione del legato; ed il legatario per ottenerne il rilascio, deve generalmente dar cauzione per sicurezza che la volontà del defunto sarà adempita, se dal testamento o dalle circostanze particolari della causa non risulti che il disponente lo abbia voluto dispensare dal darla.

---

(1) L. 71, *princip. ff. de condit. et demonst.*

(2) Medesima legge 71, ff. *de condit. et demonst.*

§. V.

Del legato rimuneratorio, o fatto con espressione di causa.

335. Al pari della donazione tra vivi, il legato esser può rimuneratorio, cioè fatto colla mira di ricompensare i servizii renduti dal legatario al testatore, o di renderlo indenne di qualche spesa eseguita nell' interesse di lui.

Questo legato adunque ha il suo motivo nel *passato*, come dice Ricard; mentrechè il legato *oneroso*, o fatto con peso, ha il suo motivo nel *futuro*; e differisce dal legato condizionale in quanto che il suo effetto non dipende per massima dalla realtà del motivo che indusse il testatore a legare; invece che l' effetto del legato condizionale propriamente detto dipende dall' avvenimento di cui il testatore formò l' oggetto della condizione.

336. Così, io lego cento franchi a Paolo, *se abbia amministrato i miei affari*: è questo un legato condizionale (1).

Lego cento franchi a Paolo, *per aver amministrato i miei affari*: è questo un legato rimuneratorio, o con espressione di causa.

Lego cento franchi a Paolo, *perchè badi all' esecuzione del mio testamento*: è questo un legato fatto con *peso*.

---

(1) §. 31 Instit. *de legat.*; l. 17, §. 3, ff. *de condit et demonst.*

*

337. La falsità della *causa*, o del motivo espresso, non vizia il legato, giacchè, dicono i giureconsulti romani, *ratio legandi legato non cohæret* (1). La vera *causa* del legato è nel sentimento di beneficenza del testatore verso il legatario, e può darsi che non abbia espresso un motivo se non per condotta verso del suo erede, colla mira di non disgustarlo, e per altri motivi ancora.

338. Ma i Romani il decidevano così sol per massima: nell' applicazione riservavano all' erede l' eccezione per eliminar la dimanda del legatario allorchè era provato che il testatore aveva legato in considerazione del fatto o della causa da lui espressa, e la quale trovavasi falsa: *sed plerumque doli exceptio locum habet, si heres probetur alias legaturus non fuisse*, dice Papiniano nella legge 72, §. 6, ff. *de condit. et demonst.*

Laonde incumbeva all' erede il far la pruova. In effetti egli eccepiva, *e reus excipiendo fit actor.* Avverrebbe lo stesso vigente il Codice.

E siccome l' eccezione era *perpetua*, se l' erede avesse pagato ignorando la falsità del fatto, avrebbe potuto ripetere con l' azione detta *condictio indebiti* (2), come lo potrebbe pure appresso noi nel medesimo caso.

339. Caio nella legge 17, §. 2, del medesimo

---

(1) L. 72, §. 6, ff. *de condit. et demonst.*, e §. 31, Instit. *de legat.*, suddetto.

(2) L. 40, ff. *de condict. indebit.*

titolo, ff. *de condict. et demonst.*, suppone che un padre abbia legato ad un suo figlio il tal fondo a titolo di precapienza, assegnando per motivo di aver l'altro preso dal suo scrigno somme del valore di questo fondo: *fundum Titius filius meus præcipito quia frater ejus ex arca tot aureos sumpsit;* ed il giureconsulto opina, senza riservare espressamente l'eccezione, che il legato del fondo non è meno utilmente lasciato, abbenchè il fratello del legatario non avesse preso queste somme dallo scrigno di suo padre. Ma la sua opinione è per mera regola, e senza pregiudizio dell'eccezione sottointesa di cui parla Papiniano nella citata legge in primo luogo, pel caso in cui dalle circostanze della causa risultasse di avere il padre fatto un legato a titolo di precapienza ad un suo figlio sol perchè credeva di avergli l'altro speso somme, volendo in tal modo stabilir fra essi l'eguaglianza. Questa opinione sarebbe similmente seguita nel nostro dritto.

540. Ma l'eccezione di cui si è pocanzi parlato potrebbe assai difficilmente opporsi nel caso in cui esser dovesse presso a poco indifferente al testatore che il motivo espresso nel suo testamento fosse vero o falso: come se avesse legato un tanto a Paolo, *per aver fatto perdite considerevoli nel suo commercio*, o *nel fallimento di un tale*, ed altri casi analoghi. Mentrechè se la clausola fosse conceputa col modo condizionale: « Lego a Paolo 1000 fr., « *se abbia perduto questa somma nel fallimen-*

to di un tale », il legato sarebbe dovuto sol qualora il fatto fosse vero.

341. Allorchè il testatore avrà fatto uso del pronome indicativo *che*, in vece di adoperare la congiunzione *perchè*, si dovrà vieppiù facilmente decidere in favore del legato, non ostante la falsità del fatto espresso dal testatore: per esempio, allorchè avrà detto; Lego ad un tale......, *che ha esercitato la tale funzione*, o *che è stato nominato al tale impiego per via di concorso*, o *che ha fatto un' opera buona*, ec.; questa falsa indicazione de' titoli del legatario, quando altronde la persona sarà certa, colpirà viemmeno il legato, di quel che lo colpirebbe la falsità del motivo espresso colla congiunzione *perchè*.

Ma nel caso pure in cui il testatore non avesse un interesse anche morale perchè il fatto espresso nel suo testamento fosse vero, se nondimeno le circostanze indicassero abbastanza di aver egli principalmente legato colla mira di ricompensare la persona per la tale o tal' altra azione la quale si trovasse di non aver avuto effetto, l' eccezione potrebbe essere opposta al legatario e distruggere così il legato, come fatto per errore, giusta una falsa causa.

È adunque questo un punto lasciato alla saviezza de' tribunali che valuterebbero l' intenzione presumibile del testatore. Non perderebbero essi di mira che, se *falsa causa non nocet, quia ratio legandi legato non cohæret; tamen plerumque*

exceptio locum habet, si heres probetur alias legaturus non fuisse (1).

§. VI.

Del legato fatto con dimostrazione, e dell' errore intorno al nome o alla qualità del legatario, ovvero intorno alla cosa legata.

342. Nel linguaggio de' giureconsulti su questa materia, vi sono due specie di *dimostrazioni*: una che concerne la persona del legatario; l' altra che concerne la cosa legata.

343. La falsa indicazione del nome, cognome, qualità, professione, patria o domicilio del legatario, non vizia il legato, quando altronde sia provato che appunto alla tale persona volle il testatore legare: *error ujus modi nihil officit veritati* (2).

Avvien lo stesso della falsa enunciazione de' suoi rapporti di parentela, affinità o fratellanza col disponente (3).

344. Ed il legato fatto a taluno designato, in mancanza del suo nome, coi rapporti che l' univano al defunto, o colla sua professione, o infine

(1) *V.* in questo senso le ll. 4, Cod. *de heredib. instit*, e 5, Cod. *de testam.* di cui del resto torneremo a parlare nel paragrafo seguente.

(2) L. 4, Cod. *de testamentis*; l. 48, §. 3, ff. *de condit. et demonst.*

(3) L. 33, *eodem tit*, e L. 58, §. 1, ff. *de heredib. instituend.*

con una data circostanza, non sarebbe men valido che se fosse stato fatto ad una persona regolarmente nominata, purchè non vi fosse incertezza intorno al legatario.

Quindi il legato che io fo a mio suocero, o a mio fratello, o al mio socio, allorchè altri non ho che questo suocero, questo solo fratello, o questo solo socio, è indubitatamente valido. Avvien lo stesso di quello che io faccia *al sindaco attuale* del mio comune, o a quel mio domestico ch' è più antico al mio servizio: NAM DEMONSTRATIO PLERUMQUE VICE NOMINIS FUNGITUR (1). Io lego validamente benanche *alla persona che mi ha salvato da un pericolo nella tale circostanza*, e che non conosco: basterà per la validità del legato che essa si faccia chiaramente riconoscere. In fine, e come il dicemmo parecchie volte, io lego utilmente ai poveri di un dato comune, anche ai poveri che assisteranno al mio funerale, giacchè col fatto essi si appaleseranno.

345. Benchè per massima l'errore sulla *qualità* del legatario non vizia il legato, nondimeno se si dovesse presumere che appunto tal qualità, creduta vera dal testatore, determinò costui a fare la disposizione, il legato dovrebbe essere dichiarato nullo per via di eccezione, come fatto per una falsa causa. Le ll. 4, Cod. *de heredib. instit.*, e 5, Cod. *de testam.*, che già abbiamo avuto occasio-

(1) L. 34, ff. *de condit. et demonst.*

ne di citare, offrono esempii di questi casi, in cui il legato è nullo, e la loro disposizione sarebbe senza dubbio applicabile nel nostro dritto.

346. Per effetto delle cennate regole, le false denominazioni, le false indicazioni intorno alla cosa legata, nè tampoco viziano il legato.

Così quando nel legare un fondo io lo chiamassi con nome diverso da quello che ha, il legato sarebbe pur valido: *Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus* (1). Vie maggiormente se avessi già io medesimo cangiato il nome di questo fondo, abbenchè da poco tempo, il legato sarebbe dovuto, giacchè allora non esisterebbe anche più errore.

347. Pei medesimi motivi, le false indicazioni nei confini de' fondi legati, o nel nome del comune in cui essi son posti, il che può sì facilmente avvenire, neanche viziano il legato.

L' essenziale è che si possa ben riconoscere ciocchè il testatore volle legare: or le circostanze del fatto possono facilmente menare a questo risultamento.

348. Ma il legato sarebbe nullo, se il testatore avesse errato sulla cosa stessa: *sed si in corpore erravit, non debebitur* (2). *Et si in re quis erraverit, ut puta dum vult lancem relinquere, vestem leget: neutrum debebit: hoc sive ipse scripsit, sive scribendum dictaverit* (3).

(1) L. 4, ff. *de legatis* 1.°

(2) L. 4, ff. *de legatis* 1.°

(3) L. 9, §. 1, ff. *de heredib. instit.*

In effetti chi enuncia una cosa diversa da quella che ebbe in mira par che nulla enuncii, ed in conseguenza nulla leghi: non puossi dire di aver legato la cosa che non nominò, poichè la sua intenzione riguardo a questa cosa non si trova espressa; nè che abbia legato quella che nominò, poichè in fatto non voleva legarla, ed ogni legato ha il suo principio nella volontà del testatore (1).

Ma spetterà all'erede il provare che non era intenzione del defunto di legare la cosa che fu nominata nell'atto; lo che per certo non sarà comunemente molto facile.

Del resto nel caso in cui il testatore aveva due o più cose della medesima specie, come, due fondi del medesimo nome, due vasi, due quadri, ed aveva voluto legarne una particolarmente, senza che si potesse nondimeno riconoscere quella che aveva avuto in mira, erasi ammessa nel dritto romano la validità del legato; ma la scelta apparteneva all' erede (2) Questa disposizione parimenti sarebbe senza dubbio seguita appresso noi.

349. Avvi falsa dimostrazione allorchè io lego, per esempio, la mia casa, dicendo che mi provviene dall' eredità di mio padre, mentrechè l' ho ricevuta da Paolo, per donazione o per vendita. Ma questa falsa indicazione dell' origine della mia proprietà non vizia in alcun modo il legato, tostochè

---

(1) *V.* pure la l. 3, ff. *de rebus dubiis.*

(2) L. 32, §. 1; l. 37, §. 1; e l. 39, §. 6, ff. *de legatis* 1.

è indubitato altronde che precisamente questa casa io ebbi idea di legare (1).

356. Se vi fosse incertezza perchè io ne possedeva molte, niuna delle quali mi era provvenuta dall' eredità di mio padre, e perchè benanche non ne avessi designato alcuna specialmente, essendomi limitato a dire: *Lego a Filippo la casa che io ho avuta nell' eredità di mio padre*; potrebbesi pretendere che il legato sia assolutamente nullo, per mancanza di oggetto indicato abbastanza.

Questo caso differisce in tutti da quello in cui avendo io due o più cose di una medesima classe, nè abbia legata una, benchè senza indicarla talmente da farla riconoscere: allora il legato è valido, giacchè allora non ho esclusa alcuna delle cose comprese in questa classe; soltanto l' erede ha la scelta. Al contrario nella specie in esame, ho ristretto il legato alla casa pervenutami dall' eredità di mio padre, ed in conseguenza ad un oggetto che non esiste: ho dunque escluso dal legato ogni altra casa che non mi fosse pervenuta dall' eredità di mio padre. Senza questa restrizione, la quale è ben altro che una falsa dimostrazione, il legato sarebbe stato valido, come legato di una cosa di cui si è disposto in genere; ma la scelta per dritto comune sarebbe spettata all' erede, secondo ciò che si è detto trattando de' legati particolari.

---

(1) L. 17, *princip.* ff. *de condit. et demonst.*; l. 28, ff. *de rebus dubiis.*

351. Le stesse regole sono applicabili alla falsa dimostrazione intorno alla persona del legatario; per esempio, se il testatore avendo al suo servizio da due o tre anni soltanto un tale Filippo, gli faccia un legato in questi termini: *Lego mille franchi al mio domestico Filippo che è al mio servizio da quindici anni*, questo legato è valido; mentrechè se avesse più domestici, niuno de'quali fosse al suo servizio da quindici anni, ed avesse egli fatto un legato in questi termini: *Lego a quel mio domestico ch' è al mio servizio da quindici anni*, il legato sarebbe nullo.

352. Ove Sempronio mi abbia legato *ciò che Tizio gli deve*, e Sempronio non gli debba cosa alcuna, non avvi legato, per mancanza di oggetto. Avverrebbe lo stesso se il testatore avesse detto: « *Lego i cento che Tizio mi deve* ; » che anzi il legato sarebbe ugualmente nullo, quantunque il testatore avesse semplicemente detto: *Lego cento che Tizio mi deve*, giacchè colle parole *che Tizio mi deve* avrebbe ristretto l'oggetto del legato alla cosa dovuta da Tizio: or subitochè Tizio non deve cosa alcuna, non avvi legato. Altronde ve n' è una ragione assai semplice, assegnata da Ulpinano nella legge 75, §. 2, ff. *de legatis* 1.°, cioè che se il testatore, supponendo che i cento fossero stati dovuti, ne avesse chiesto il pagamento in vita sua, il legato sarebbe ugualmente nullo per mancanza di oggetto.

Pei medesimi motivi, se io lego puramente a

Tizio *ciocchè gli debbo*, il legato è nullo se io non gli debbo cosa alcuna.

353. Ma se io abbia detto: « Lego a Tizio *cento che gli debbo*, » il legato è valido, quando anche non dovessi alcuna cosa a Tizio (1). In questa specie il legato è soltanto fatto sotto una falsa dimostrazione la quale non lo vizia. Non ho potuto ragionevolmente voler altro se non legare cento, e se io abbia soggiunto, *che gli debbo*, non ho potuto costituire il mio debito per legato, giacchè un debito considerato passivamente non potrebbe essere l' oggetto di un legato: sol quante volte venga esso considerato attivamente, può esserne la materia. Tali espressioni non cadono dunque sulla sostanza medesima del legato, *legato non cohærent:* la loro falsità è soltanto una falsa dimostrazione.

354. Nel caso in cui il testatore abbia legato a Tizio *i cento*, o *cento* che gli deve Seio, quando anche Seio dovesse soli cinquanta, il legato sarebbe valido sino alla concorrente quantità di questa somma: parimenti come allorchè io lego *dieci* che sono nel mio scrigno, se non ve ne sono che *cinque* a morte mia, questi cinque sono dovuti (2). Ma il legato non comprenderebbe al di là di cento, quando anche Seio dovesse di più; a differenza del caso in cui il testatore avesse legato il suo credito, o in modo indefinito, *ciocchè gli doveva Seio.*

355. Il legato di un credito obbliga soltanto l' e-

(1) L. 75, §. 1, ff. *de legat.* 1.°
(2) L. 108, §. 10, ff. *de legat.* 1.°

rede a consegnare al legatario i titoli che ha in suo potere, e costui procede contra il debitore a suo rischio e pericolo (1); e non può coazionarlo regolarmente se non dopo di aver dimandato o ottenuto il rilascio, uniformemente all' art. 1014 c. c. = *968 ll. cc.* Sino a quel tempo gl' interessi del debito, se ne produceva, non correvano a suo favore.

Il rilascio si fa con consegnare il titolo, ma la cessione provviene dal defunto; talchè è dovuto un solo dritto di mutazione, quello stabilito per la trasmissione per via di legato, quantunque l' erede avesse fatto una cessione particolare per facilitare al legatario l' esazione del credito. Quest' ultimo fa conoscere il suo titolo al debitore, notificandogli copia della clausola del testamento che contiene il legato, o glielo fa accettare. Si osservano in somma le disposizioni contenute negli art. 1689 e segu. c. c. = *1535 ll. cc.*

§. VII.

Del legato fatto con assegnazione semplicemente dimostrativa, o con assegnazione limitativa.

356. Evvi pure in dritto il legato fatto con *assegnazione dimostrativa*, ovvero con *assegnazione limitativa.*

(1) L. 105, ff. *de legatis* 1.

Il primo è fatto con designazione della cosa che deve servire a soddisfarlo, ma senza nondimeno che il testatore abbia inteso di farne dipendere necessariamente l'effetto dall'esistenza di questa cosa, volendo al contrario soltanto indicare ciocchè doveva in preferenza concorrere a pagarlo: *unde potius solveretur.* Tal'è il caso in cui, essendo io creditore di una rendita sopra Paolo, lego a Filippo una determinata annua somma, *da prendersi dalle annualità che produrrà la mia rendita sopra Paolo*: in tal caso, quando anche Paolo divenisse insolvibile, la somma non sarebbe men dovuta a Filippo sugli altri miei beni, tranne se da qualche clausola particolare del testamento risultasse essere stata mia intenzione di restringere l'effetto del legato alla sola cosa che mi era dovuta da Paolo. Fuori di ciò si presumerebbe al contrario, che io abbia inteso designare la mia rendita sopra Paolo soltanto per facilitare al legatario il pagamento del suo legato, come una specie di delegazione; e non vi sarebbe soprattutto alcun dubbio se fosse detto: *La qual somma sarà annualmente pagata* IN PREFERENZA *colle annualità della mia rendita sopra Paolo.*

357. La nostra opinione è in positivo modo confermata dalla legge 12, ff. *de alimentis vel cibariis legatis.* Nella specie di questa legge, il testatore dopo di aver legato ai suoi liberti una certa quantità di derrate annualmente per alimenti, alcuni abiti ed una certa annua somma, aveva dichiarato con una clausola del suo testamento, es-

sere sua volontà che i propri territorii fossero loro a tal effetto obbligati, come per una specie di fedecommesso, e che i legatarii potessero prendere questi alimenti sulle rendite dell' uno e l' altro di questi medesimi fondi: *Et ita cavit; obligatos eis ob causam fideicommissi fundos meos, illum et illum, ut ex reditu eorum alimenta supra scripta percipiant.* Interrogato il giureconsulto sulla quistione se essendo le rendite del fondo insufficienti a somministrare gli alimenti legati, dovessero gli eredi supplire ciocchè mancasse; o se dando queste rendite un di più in altro anno, questo di più dovesse servire a completare ciò che erasi determinato dal testatore, porta parere che gli alimenti debbansi somministrare per intero, ma non oltre, abbenchè la rendita del fondo eccedesse il valore degli alimenti.

N' è motivo che in fatti, giusta l'idea del testatore, questa rendita era non altro che un' assegnazione dimostrativa: i fondi erano indicati *tantum unde solverentur alimenta*; ed il testatore, con la sicurtà che aveva attribuito ai legatarii su questi medesimi fondi, avea voluto non diminuire il loro dritto, limitando eventualmente il loro legato, ma al contrario renderlo più vantaggioso, procurando ad essi il mezzo di riscuotere gli alimenti sulle rendite de' fondi.

558. Nelle ll. 13, ff. *de tritico, vino et oleo legato*, e 17, §. 1, ff. *de annuis legatis*, troviam pure esempii di legati fatti con assegnazione dimo-

strativa, ma nondimeno in modo meno esteso e men vantaggioso pe' legatarii che nel caso precedente.

Si suppone in queste leggi l'annuo legato d'una certa quantità di anfore del vino da ricavarsi *dalla tale vigna annualmente*, e si dichiara che se la raccolta di un'annata non basti a somministrare la quantità stabilita, ciocchè mancherà si prenderà sul prodotto delle annate seguenti, se possa bastare, o sino alla debita concorrenza. Quindi l'erede non è obbligato a somministrarne da un'altra vigna, e per tal riguardo l'assegnazione è limitativa.

359. In fine è del tutto limitativa nel caso della legge 5, ff. *de tritico, vino et oleo leg.*, in cui trattasi del legato di una certa quantità di vino (1), di quello che si ricaverà dal fondo Semproniano: *Certus numerus amphorarum vini ex eo quod in fundo Semproniano natum esset* (2). Qualora se ne ricavasse meno, l'erede non deve se non ciocchè la vigna ha prodotto, giacchè le parole *quod natum esset* hanno un senso ristrettivo, *et quasi taxationis vicem obtinere.*

(1) Non annualmente, ma una volta pagata.

(2) *Et quidem certo anno*, come benissimo osserva Pothier, *ad Pandectas*, tit. *de condit. et demonst.*, n.° 231; imperocchè se lo fosse indeterminatamente, ciocchè mancasse nella prima annata sarebbe supplito con le annate seguenti, in conformità della l. 83 §. 5, ff. *de verb. oblig.*

Del resto la l. 120, in quest'ultimo titolo, non è contraria a quella che ora spieghiamo, come si potrebbe credere a primo aspetto.

SEZIONE XI.

Regole d' interpetrazione (a) *delle disposizioni oscure, ambigue o dubbiose.*

SOMMARIO

360. *L'interpetrazione delle disposizioni testamentarie dubbiose ha generalmente luogo secondo le regole dell' interpetrazione de' contratti; nondimeno vi son regole più in ispecie applicabili ai testamenti.*

361. *Convien particolarmente attenersi alla volontà del testatore, anzichè arrestarsi al senso letterale ed usuale delle espressioni di cui fece uso.*

(a) In materia d' interpetrazione giova aver presente il canone stabilito nella legge 6 Cod. *de fideicom.*, cioè che *voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est.* Questa massima non si estende ai casi nei quali le norme da tenersi son precisate dalle leggi stesse. Inoltre non riflette le solennità dell'atto che sono regolate dalla legge, ma la sola intelligenza della parola. In fatti nella l. 16 ff. *de condit. et demonstr.* si dice: « *In his quæ extra testamentum incurrerent, possunt res ex bono, et æquo interpretationem capere. Ea vero quæ ex ipso testamento orirentur necesse est secundum scripti juris actionem expediri*: sulla quale legge il POTIER (*sub num.* 146 ff. de legat. *in notulis*) avverte: *Extra testamentum dicuntur ea quæ non pertinent ad solemnitatem actus, sed ad voluntatem testatoris - Ex ipso testamento - Hoc accipe de solemnitatibus.*

Non bisogna però far troppo indagini nell' interpetrare i testamenti, *ne ex hujusmodi subtilitate* (siccome viene espresso nella legge 13 Cod. *de contrah. et commit. stipul.*) *cadant hominum voluntates*; e molto meno tralasciando il sentimento del testatore, attenersi al significato letterale della parola. San Crisostomo (*hom.* 39 *in* 5 *cap. Joannis*) uniformemente a quanto avea insegnato Cicerone (nell'orazione *pro Cæcina* n. 18 e 23) dice: *Qui metalla fodere aggreditur artis ignarus, auri venas non invenit, sed confunditur, et laborem subit incassum: ita qui scripturarum ordinem non intelligunt: qui earum proprietates; qui leges non disquirunt, sed*

362. *Allorchè vi sia ambiguità bisogna generalmente interpetrar la clausola in favore della validità della disposizione.*

363. *Ciò ch' è ambiguo s' interpetra secondo le note abitudini del testatore.*

364. *Le clausole che presentano due sensi non debbonsi intendere in quello che fosse contrario alle leggi, al buon costume, o che avesse per oggetto un fatto impossibile; nè in un senso che ridondasse a distruggere la disposizione.*

365. *Tutte le clausole di un medesimo testamento, a vantaggio della medesima persona, s' interpetrano e si spiegano le une colle altre.*

366. *Due clausole di un medesimo atto testamentario che si distruggono apertamente, si neutralizzano.*

---

omnia ad verborum sonum accipiunt, aurum terræ confundentes, nunquam reconditum in his thesaurum assequuntur.

Giacomo Gotofredo nell'aureo comento del titolo *de regulis juris*, nel quale seppe saggiamente valersi delle osservazioni di Cuiacio e di Fabro, nell' interpretare la legge 12 ff. *de regulis juris* stabilisce principalmente le seguenti due regole, cioè 1.° che l' interpetrazione debba favorire la causa dei testamenti, ammettendosi fin anche un senso più esteso di quello che risulterebbe dal senso letterale della parola. 2.° Che all' oggetto di aversi la detta più ampia interpretazione, puossi ricorrere a congetture desunte da circostanze non espresse nel testamento, avendo in veduta (a norma della legge 50 §. 3 *de legat.* 1.°) *mens patris familias, et legatarii dignitas, vel caritas, et necessitudo.* Lo stesso Gotofredo nella l. 81 ff. *de regul. juris* applica il canone ivi stabilito, cioè che « *Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur jus commune non lædunt* : ed in fatti nella legge 52 §. 6, ff. *de auro, argento legat.*, e nella legge 17 cod. *de testamentis* si dice che le parole oziose e superflue non nuocciano. L' enumerazione stessa della specie, che indichi *molte* ricerche, non riduce il legato del genere se, al dire del giureconsulto Paolo nel detto §. 6 della legge 52 ff. *de auro, argen. legat*, possa presumersi nel favore del legatario, o se si aggiunga in fine qualche modo di dire che torni all' idea della generalità innanzi espressa. Quindi *Pothier* al n. 176 *de legatis* spiegando l' intelligenza della detta legge 52, §. 6 ff. *de aureo, argento legat.* dice « *Ita tamen ex enumeratione plurimarum specierum præsumi potest testatorem inter eas species conclusisse legatum, nisi addiderit* – ET CAETERA, *aud quid simile.* Trad

367. *Le clausole che non permettono di scovrire l' intenzione del testatore sono riputate non avvenute.*

368. *Il dubbio intorno alla somma o alla quantità della cosa legata, s' interpetra a pro del debitore del legato.*

369. *Regola che sembra distruggere la precedente, e conciliazione.*

370. *Le relazioni di parentela tra il testatore ed il legatario menano pure ad interpetrar le clausole dubbiose in favore di questo ultimo.*

371. *Del legato fatto ad un individuo allorchè ve ne sieno molti che portano lo stesso cognome.*

372. *Del legato fatto al figlio* che nascerà da Maria, *allorchè sieno nati più figli. Diverse ipotesi.*

373. *Caso in cui siensi fatte parecchie disposizioni a favore della medesima persona, o col medesimo atto, o con atti diversi, di somme o quantità di cose differenti, ed allorchè il testatore non abbia fatto conoscere in chiaro modo se intendeva fare più legati, o soltanto ripetere il primo che aveva fatto.*

360. La legge *sulle donazioni tra vivi e sui testamenti* non contiene alcuna regola d' interpetrazione (a) delle disposizioni dubbiose. Si credè che

(a) Nel progetto in fine della *sezione IX de' legati particolari* si contenevano venti articoli conceputi nei seguenti termini:

998. *Sarà valida la disposizione, tuttochè sia falsa la causa che ne ha espressa il testatore, eccetto nei seguenti casi: 1.° Se fosse evidente che il testatore siasi determinato unicamente mosso dal motivo da lui spiegato, di tal che non avrebbe disposto così, se avesse saputo la verità, che esso ignorava: 2.° Se la causa siasi espressa come condizione, facendo da essa dipendere la sussistenza del legato.*

999. *Se il testatore nell' indicare la persona del legatario, o nel descrivere la cosa legata, esprima circostanze, qualità, o fatti che non siano veri, ciò nulla nuoce alla validità del legato, purchè costi altronde della persona del legatario, o della cosa legata.*

1000. *Se il testatore nell' ordinare un legato, esprime il fine o l' uso cui vuole che il legatario adempia, costui non potrà ottenere il legato, se non darà malleveria di soddisfare ciò che il testatore gli ha ingiunto.*

quelle da inserirsi nel titolo *de' contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale* servirebbero pure ad interpetrar le clausole oscure de' testa-

---

1001. *Nondimeno, se il fine spiegato tende unicamente al vantaggio privato del legatario, senza che vi sia interessata nè la memoria del testatore, nè la sua pietà, nè il vantaggio dell' erede, nè si ravvisi essersi il disponente proposto altro utile scopo che l' umanità suggerisce di adempire, potrà, secondo i casi, riputarsi un mero consiglio, che non nuocerà al legatario il trasgredirlo; nè vi sarà luogo a malleveria.*

1002. *Il legato è a termine quante volte il testatore ha fissato un giorno in cui la sua disposizione dev' essere eseguita. Quando il termine è sicuro che verrà, allora l' effetto di questo legato è lo stesso del legato puro e semplice, quanto al dritto del legatario su la cosa ed alla trasmessione agli eredi; se non che il legatario non potrà dimandarne l' adempimento, che nello spirare il termine prefisso.*

1003. *Quando poi il termine è incerto se giungerà, allora vale come condizione; e quindi la disposizione sarà caduca, se il legatario muoia prima che giunga il giorno incerto in cui il legato dovea prestarsi.*

1004. *Se è evidente che il termine indicato nella disposizione non possa giammai arrivare, l' indicazione di questo termine si terrà come una condizione impossibile che si reputerà come non iscritta.*

1005. *Sarà nulla, e si terrà come non iscritta la condizione con cui s' ingiunga ad una persona il divieto di contrar matrimonio.*

Ma se il divieto riguarda le nozze con certa determinata persona, questa condizione sarà valevole.

1006. *Sarà valida la disposizione con cui il testatore ingiunga all' erede, o al legatario di fare o non fare, o di dare qualche cosa, ed in caso di contravvenzione, gl' imponga di pagare una certa somma, o di dare qualche cosa quasi in ragion di pena.*

Ciò però avrà luogo ogni qualvolta quello che si è ingiunto all' erede non sia impossibile, nè contrario alle leggi, o ai buoni costumi.

1007. *Se vien lasciata a taluno qualche somma annuale, men-*

menti. Nondimeno avvi molte regole di dritto le_ quali sono vieppiù in ispecie applicabili a questi ultimi atti, giacchè emanati da un solo, si tratta u-

—

sile, o giornaliera, si reputeranno tanti legati quanti sono i termini periodici. Il legatario acquisterà diritto sopra l' intera somma legata in ciascun anno, mese, ec., quando egli si trova vivente al principio del termine medesimo.

1008. La somma di ciascuna prestazione non può esigersi che dopo essere decorso il termine stesso. Il primo termine comincia a decorr re dalla morte del testatore.

1009. Se il testatore dispone per legato di un credito che egli ha contro di un terzo, l' erede non è tenuto se non a consegnare al legatario i titoli confacenti, ed a cedere al legatario la sua azione per esigere il credito medesimo unitamente agl' interessi arretrati, e che potranno decorrere.

Potrà anche il legatario esigere direttamente dal debitore il credito che gli è stato legato.

1010. Se un testatore nel testamento si riconosce debitore di un altro di certa somma, di generi, ec., e ne impone all' erede la soddisfazione, tale riconoscimento o dichiarazione non farà pruova del debito, nè nuocerà agli altri creditori, nè a quelli cui per legge è dovuta la riserva, eccetto quando ne sia altronde dimostrata la verità, o concorrano gravi argomenti e circostanze che la facciano presumere.

1011. Tal dichiarazione del testatore produrrà il vantaggio al legatario di esigerne l' adempimento, senza esser tenuto a fare alcuna pruova del credito, e senza attendere il termine forse fissato per il pagamento, o l' avveramento di qualche condizione, purchè il testatore abbia ordinata la soddisfazione del debito con precetto puro e semplice. Questo però ha luogo senza pregiudizio de' dritti degli altri creditori e de' legittimarj, come sopra.

1012. Se il testatore rimette al suo debitore la quantità che gli deve, ciò comprenderà i debiti presenti, non già i posteriori all' epoca del legato.

1013. Se il testatore rimette un pegno, o una plegeria, ciò non porta la conseguenza che il debito sia stato rimesso.

1014. Se nel testamento sono stati prorogati i termini del paga-

nicamente di ricercare qual potè essere la sua volontà, di ben comprenderla e di seguirla; mentrechè nei contratti bisogna attenersi in generale alla vo-

---

mento di un debito con interessi, questi continueranno a decorrere anche pendente la dilazione accordata.

1015. Se il testatore ha disposto per legato a favore di una terza persona di una dote indeterminata, ne sarà definita dal giudice la quantità a proporzione de' natali e condizione della donna, e delle altre sue circostanze.

1016. Per acquistare un legato è necessaria la capacità (*) del legatario nel tempo della morte del testatore, se il legato è puro. Se è condizionale, si attenderà la sua capacità nel tempo solamente in cui si avvera la condizione.

1017. Se ad un legatario si aggiunge qualche condizione negativa, egli potrà chiedere la prestazione del legato, purchè dia malleveria di restituirlo insieme co' frutti ed accessioni in caso che la condizione non si adempia, o manchi mentre egli sia vivo.

Il consigliere Magliano nella Camera di Grazia e Giustizia dell'abolito supremo Consiglio di Cancelleria avvertì che tutt'i suddetti venti articoli dal 998 sino al 1017 inclusivamente non contenevano che semplici precisati casi particolari e dottrinali, spesso non esatti, e per la maggior parte o preveduti dalle leggi romane, o rimessi alla estimazione e criterio del giudice. Disse che un Codice di legislazione non dev'essere un libro di casisti, tanto più che vi erano infiniti altri casi omessi, che leggonsi negl' interpetri del dritto romano.

Il consiglier Pasqualini richiedeva di stabilirsi alcune regole proprie per l' interpetrazione de' testamenti. Proponeva quindi dirsi: 1.° Che nella interpetrazione dei testamenti (secondo la teorica di *Mantica*) niuna espressione dovesse rimanere inutile ed oziosa, per cui talvolta deve stimarsi di essersi scritto meno di quello, che avevasi nell' animo di spiegare, e colle parole di Ulpiano nelle leggi 1, §. 5. e 9 ff. *de hered. instit.* PLUS NUNCUPATUM, MINUS SCRIPTUM: 2.° Che quando quel che trovasi scritto nel testamento non si comprende, debbasi avere per non iscritto, e *reliqua autem* (al dire di *Alfano Varo* nella l. 2, ff. *de his quae pro non scrip.*) *per scripta valent.*

(*) Si veggano le note precedenti ai n. 17 e 238 Trad.

lontà probabile dell' una e l'altra parte, poichè son opera di entrambe.

Stabiliremo del resto i confronti delle diverse regole d' interpetrazione dell' una e l' altra specie di atto, almeno delle più importanti e più frequentemente applicabili, indicando quelle che debbono seguirsi in preferenza nei testamenti.

361. 1.° Se nelle convenzioni medesime bisogna meno attenersi al senso letterale delle parole che alla comune intenzione delle parti (art. 1156 c. c. = *1109 ll. cc.*), con maggior ragione ne' testamenti conviene attenersi più in particolar modo alla volontà del defunto che al senso letterale delle parole di cui egli fece uso; giacchè i testamenti traggono tutta la lor forza dalla volontà del solo testatore: *in conditionibus testamentorum voluntatem, potius quam verba considerari oportet*; l. 101, ff. *de condit. et demonst.*

Bisogna soprattutto intendere le espressioni dubbiose del testatore nel senso che volle verisimilmen-

Il consigliere Sollima e Sarno espressero che le regole d' interpetrare i testamenti alcune erano comuni con le regole delle obbligazioni, ed altre erano proprie. Soggiunsero che all' oggetto chiari giureconsulti scrissero ampii trattati, nei quali le suddette regole suggerite dal preopinante, e moltissime altre (anche riguardo alle *clausole* ed alle *condizioni*) forse di maggiore importanza, e che desunsero dal fonte del dritto romano, si rattrovano registrate. Dissero che quei che hanno il carico dell' esecuzione delle leggi, o delle difese debbono attingere a queste doviziose sorgenti, avendo però presenti i principii dell' attuale legislazione, che favoriscono la causa intestata.

La detta Camera di Grazia e Giustizia si uniformò al parere del consiglier Magliano, per cui i suddetti articoli vennero cancellati. Trad.

te ad esse dare, giusta le sue abitudini e la sua educazione: *non enim in causa testamentorum, ad verborum definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus et vocabulis utantur*; l. 69, §. 1, ff. *de legatis* 3.°

Nondimeno fa d'uopo applicar con prudenza questa regola (a); giacchè generalmente le parole sono adoperate per far loro significare ciocchè significano abitualmente, e per questa ragione le stesse leggi romane dicono del pari, anche in materia di testamento: *non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*; l. 69, *princip.* ff. *de legatis* 3.°

Et quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio; l. 25, §. 1, ff. *de legatis* 1.°.

362. 2.° Ma quante volte avvi ambiguità sul senso di una clausola, bisogna generalmente interpetrarla in favore della validità della disposizione: *quum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpetrari, et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est*; l. 24 (*alias* 25), ff. *de rebus dubiis*.

363. 3.° Nei contratti ciò ch' è ambiguo s'interpetra da ciò che si pratica nel paese dove si è stipulato il contratto (art. 1159 c. c.=*1112 ll. cc.*); ma nei legati l' interpetrazione si fa secondo le a-

(a) Veggasi l' antecedente nota sulla sezione XI. Trad.

bitudini conosciute del testatore; l. 44, e l. 78, §. *ult.*, ff. *de legat* 3.o, e l. 96, ff. *de regulis juris.*

E generalmente *in re dubia benigniorem interpetrationem non minus justius est quam tutius*; l. 192, §. 1., ff. *de regul. juris.*

364. 4.° Nelle convenzioni quando una calusola è suscettiva di due sensi, si debbe intendere in quello con cui può avere qualche effetto, piuttosto che in quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno (art. 1157 c. c. = *1112 ll. cc.*); e questa regola si applica ugualmente ai legati; l. 109, ff. *de legatis* 1.°

Pur tuttavolta se il senso che si attribuisse alla clausola offendesse le leggi o il buon costume, o rendesse impossibile la clausola, non bisognerebbe esitare a rigettarlo.

Converrebbe pure escluderlo se tendesse a distruggere la disposizione medesima, giacchè la legge l'avrebbe proibita conceputa in questo senso. Allora bisognerebbe piuttosto intenderla nell'altro: *commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat*; l. 12, *de rebus dubiis.*

Et quum in perperam scriptum est testamento . . . . benigne interpetrari; l. 24, *eod. tit.* succitata.

Avemmo occasione di applicar parecchie volte questa regola a disposizioni le quali, intese in un senso, avrebbero presentata una sostituzione fedecommessaria proibita dal Codice, e che interpetrate in

un altro senso, il quale si presentava benanche naturalmente, erano validissime (1).

365. 5.° Tutte le clausole di un contratto s'interpetrano le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall'atto intero (art. 1161 c. c. = *1114 ll. cc.*): del pari ne' testamenti bisognerebbe interpetrare e spiegar tutte le disposizioni fatte a favore della medesima persona le une per mezzo delle altre, se il senso di taluna di esse presentasse qualche oscurità, dubbio o ambiguità.

366. 6.° Ma quando due clausole del medesimo atto si distruggono, esse si neutralizzano e sono entrambe inefficaci: ***ubi pugnantia inter se in testamento juberentur neutrum ratum est***; l. 188, ff. *de reg. juris.*

Ciò deve nondimeno intendersi del caso in cui il testatore abbia chiaramente voluto che l' una o l'altra disposizione ottenesse il suo effetto. Nel caso contrario, si segue l' ultima clausola, come quella che abroga la prima: ***clari et aperti juris est, in fideicommissis posteriores voluntates esse firmiores***; l. 19, Cod. *de fideicom.* (2).

Vieppiù quando le due disposizioni contraddittorie si troveranno in testamenti diversi, bisognerà attenersi all' ultima, come rivocante la prima (3).

367. 7.° Nelle convenzioni le clausole dubbiose

(1) *V.* tomo precedente, n.° 43 e seguenti.

(2) Trovasi la medesima regola applicata a diversi casi nella l. 12, §. 3, ff. *de legat.* 1.°; nella l. 28, ff. *de aliment. legat.*; e nelle ll. 8, §. 3, e 10, §. 1, ff. *de testam. tutel.*

(3) L. 5, Cod. *de codicill.*

s' interpetrano in vantaggio del debitore (art. 1162 c. c. = *1115 ll. cc.*) ; ed avverrebbe lo stesso nei testamenti, riguardo alle clausole affatto dubbiose o oscure che non permettessero di scoprire l' intenzione del testatore. Bisognerebbe allora decidere in favore di colui che fosse tenuto ad eseguire la disposizione, se ve ne fosse (1) ; a differenza del caso in cui il dubbio o l' ambiguità ch' esistesse permettesse nondimeno ancora di scoprire la probabile intenzione del disponente, mediante il soccorso dell' interpetrazione, come poco fa abbiam detto.

568. 8.° Nel dubbio intorno alla somma o alla quantità delle cose promesse in materia di convenzione seguesi sempre il partito più favorevole al debitore : *semper in obscuris, quod minimum est sequimur* ; l. 9, ff. *de regulis juris.* Ed avvien lo stesso nei legati : l' interpetrazione deve farsi in generale a favore di chi deve soddisfarli : ecco perchè nei legati di una cosa indeterminata, o anche di più cose sotto un' alternativa, la scelta vigente il Codice civile come nelle antiche regole, appartiene al debitore del legato, tranne una dichiarazione di volontà contraria da parte del testatore Abbiam ciò veduto più sopra.

569. 9.° Questa massima che nel dubbio intorno alla somma o alla cosa legata, bisogna, come nei contratti, propendere benanche a vantaggio del de-

(1) L. 27, ff. *de rebus dubiis.*

bitore del legato, sembra contraria a quell' altra regola del dritto romano, la cui applicazione era sì frequente: *In testamentis plenius voluntates testantium interpetrandæ sunt*; l. 12, ff. *de regul. juris.*

Ma si conciliano tali diverse regole applicando quest' ultima ai casi in cui la clausola che offre qualche ambiguità o qualche oscurità sia la disposizione medesima; mentrechè quando il dubbio cada soltanto sulla somma o sulla quantità delle cose legate, in una parola sull' oggetto del legato, seguesi l' interpetrazione più favorevole all' erede, come essendo il debitore.

370. 10.° L' interpetrazione di una clausola oscura si fa vieppiù facilmente a pro del legatario quando abbia costui ben meritato del testatore, o egli era assai stretto per vincoli di sangue, quantunque il debitore del legato fosse puranche assai stretto con questi vincoli al defunto: *Quod factum est, cum in obscuro sit, in affectione cujusque capit interpetrationem*; l. 168, §. 1, ff. *de reg. juris.*

371. Ove sia fatto un legato a taluno e si trovino più persone del medesimo cognome, per esempio due fratelli, due cugini germani, e siavi incertezza assoluta su quello a cui il testatore volle legare, giacchè obliò ogni particolare designazione atta a farlo riconoscere, specialmente la menzione del domicilio o del nome (o perchè i due individui abbiano lo stesso nome), convien dire col-

le leggi romane (1), che il legato è nullo, come fatto a persona incerta. Nè potrebbe dirsi che debba dividersi tra i due individui, poichè sarebbe lo stesso che attribuire una porzione della cosa a quello tra essi a cui il defunto non volle in alcun modo donare. Altronde perchè vi sia luogo a dividere, bisogna che ciascuno abbia dritti: or precisamente niuno di essi può giustificare di averne.

Del resto l'incertezza in tal caso potrebbe esser tolta dalle circostanze della causa: per esempio, se una delle due persone fosse stretta al testatore per parentela o affinità in più prossimo grado dell'altra, o fosse suo amico, suo socio, o gli avesse renduti servigi, ec., si potrebbe naturalmente credere che ad essa il defunto volle donare. I tribunali valuterebbero nella loro saggezza le diverse circostanze che militassero in favore di ciascuno de' due individui dai quali si disputasse il legato; o se uno di essi soltanto si presentasse per conseguirlo, valuterebbero le sue assertive e quelle dell' erede riguardo alla pretesa incertezza, e quante volte

(1) La l. 10, ff. *de rebus dubiis*, dispone su questo caso e parecchi altri analoghi, e dichiara di essere il legato interamente nullo.

La l. 3, §. 7, ff. *de adimend. vel transf. legat.*, dice di più che qualora siensi fatti legati separatamente a due individui dello stesso cognome, ed abbia il testatore rivocato uno de' legati senza far conoscere abbastanza quale intendeva di rivocare, niuno di essi lo è con effetti; giacchè l'erede diventa attore opponendo la rivocazione sulla dimanda per rilascio de' legati: deve dunque provare contro chi reclama il legato, di essere stato esso rivocato Or non può fare questa pruova.

questa incertezza effettivamente sussistesse, pronunzierebbero la nullità del legato.

372. Allorchè io lego a chi non sia ancor nato, per esempio 1000 fr. *al figlio che nascerà da Maria*, ed in tempo della mia morte Maria abbia diversi figli, tal legato, seguito da questa circostanza, può dar luogo a controversia.

Diamo qualche sviluppamento.

Ulpiano, nella l. 17, §. 1., ff. *de legat.* 1.°, suppone che un testatore abbia così legato: *Si qua filia mihi genitur, ei heres meus centum dato*; ed opina che se il testatore abbia avuto più figlie, le quali vivano ancora a morte sua, ciascuna ha dritto a cento, ammenochè non sia manifesto di essere stata volontà del testatore di fare un sol legato: *nisi evidens sit contraria sententia testatoris.* Queste parole *si qua filia*, benchè in singolare, son prese qui per *si quacumque filia*, come se il testatore avesse detto: « Il mio erede « darà cento a ciascuna figlia che io avrò »; e questa interpetrazione è assai naturale, poichè era un padre quello che legava.

Ma se egli avesse legato in questo modo un corpo certo, per esempio un fondo, il legato sarebbe stato unico. Imperocchè se nella prima specie puossi ragionevolmente dire che il defunto volle moltiplicare i legati, egli è perchè le quantità si moltiplicano facilmente; mentrechè i corpi certi non si moltiplicano.

Non può dunque esservi dubbio su quest' ulti-

mo punto, e nettampoco ve ne sarebbe nel caso di un legato di 1000 franchi, per esempio *ai* figli che nasceranno da Maria: in tale ipotesi vi sarebbe similmente un solo legato: le parole *ai* figli di Maria indicherebbero che il testatore volle legar 1000 fr. a tutti collettivamente, e non a ciascun di essi. La presunzione di contraria volontà non avrebbe altronde la medesima forza se non nel caso della legge romana, in cui erasi legato da un padre.

Laonde in questa specie di un legato di 1000 fr. *ai figli che nasceranno da Maria*, i 1000 fr. si dividerebbero fra tutti i figli che fossero nati o conceputi dopo il legato, e ch' esistessero al momento della morte del testatore; e la parte de' morti prima si devolverebbe a quella degli altri.

Evvi maggior dubbio nella specie stabilita da principio, allorchè il testatore abbia legato *al figlio che nascerà da Maria*, o una somma, o anche un corpo certo, e sieno nati più figli: qual sarà l' effetto del legato in questo caso?

Se il testatore avesse detto: « Lego la tal som- « ma o il tal fondo *al figlio di cui Maria è in-* « *cinta* », vi sarebbe legato fatto soltanto al figlio di cui Maria fosse incinta all' istante del testamento; talchè non è dubbioso, a parer nostro almeno, che i fratelli e le sorelle le quali nascessero in prosieguo non vi avrebbero alcun dritto, quando anche questo figlio morisse prima del testato-

re. In tale ipotesi il legato sarebbe caduco. Il testamento al certo non ha effetto che a morte del testatore, ma ciò non altera punto la determinazione della persona a cui siasi fatto il legato: or questa persona non era indistintamente il figlio che nascerebbe da Maria, ma il figlio di cui Maria *era* incinta al momento che il testatore dichiarava la sua volontà.

E se Maria partorisse due figli viventi, il legato si dividerebbe fra essi, giacchè il testatore non ebbe preferenza alcuna per un di loro; a differenza del caso in cui sia fatto un legato ad un individuo e ve ne sieno due dello stesso cognome, senza che si possa distinguere quello a cui il testatore volle donare, nel qual caso il legato è nullo *propter incertitudinem*: in vece che nella specie attuale il testatore volle legare all' individuo che nascerebbe dalla gravidanza di Maria. E se uno de' due figli non nascesse vitale, non sarebbe in alcun modo considerato: l'altro avrebbe il tutto.

Ma allorchè il testatore abbia legato *al figlio che nascerà da Maria*, e nascessero più figli successivamente prima della morte del testatore, elevasi la doppia quistione se la cosa legata apparterrà unicamente al primo nato; e se nel caso in cui morisse prima del testatore, il legato rimarrebbe a quelli nati posteriormente.

Ci sembra che dicendo il testatore: *al figlio che nascerà da Maria*, abbia avuto in mira il primo figlio il quale nascesse da Maria, e che non ad

abbia considerato altri: in coseguenza essendo questo figlio il solo legatario, ha egli solo dritto al legato, e se premuoia al testatore, il legato è caduco; giacchè un legato attribuito esclusivamente alla tale persona non si riporta sopra un' altra, senza espressa volontà del testatore.

Ove si dicesse di essersi avuto in mira dal defunto il figlio che esistesse nel giorno della sua morte, e non unicamente il primo nato dopo il testamento, si risponderebbe che gli era facile di prevenir questo dubbio legando *ai figli che nasceranno da Maria*, in cambio di legare, come fece, *al figlio che nascerà da Maria*. La persona del legatario si è dunque trovata determinata tostochè nacque un figlio a Maria; il quale senza dubbio non fu investito del dritto, poichè non prima della morte del testatore si fa luogo al legato, ma fu esso la persona su cui poggiò l' eventualità di questo dritto, come se il testatore l'avesse più specialmente designato.

373. Nel caso di molte disposizioni fatte a vantaggio della stessa persona col medesimo atto o con atti diversi, e quando il testatore non ispiegossi, avvi dubbio puranche intorno al punto se volle fare più legati, ovvero se intese semplicemente di ripeter quello che aveva fatto da principio, sostituire l' ultimo al primo, rivocando questo. Il Codice tace intorno a ciò, come sopra tante altre cose di questo genere; ma il roman dritto contiene molte disposizioni su questi diversi casi, che pos-

sono frequentemente presentarsi, e non sarà inutile di riferirle in succinto; perciocchè varie di esse sarebbero ugualmente applicabili nella nostra legislazione.

Ragioneremo da prima nella ipotesi in cui abbia il testatore fatto col medesimo atto le diverse disposizioni a pro della stessa persona, notando di non esservi alcun dubbio allorchè siensi legate cose di diverse specie. Allora è chiaro che esse son tutte dovute; per esempio se io dica: « Lego a « Paolo il mio giardino, e lego a Paolo 1000 fr. »; queste due cose son dovute.

Il giureconsulto Ulpiano suppone nella l. 34, §. 1, ff. *de legat.* 1.°; che una medesima cosa, *idem corpus*, sia stata legata più volte dallo stesso testatore alla stessa persona, e porta parere che la cosa o la stima siagli dovuta una sol volta: è desso un medesimo legato ripetuto, e nulla di più: Al contrario se si fosse così legata più volte alla stessa persona una medesima somma o una medesima quantità, sempre collo stesso atto, il legatario, dice Ulpiano nel §. 3 della cennata legge, potrebbe dimandare altrettante volte la somma per quante disposizioni vi fossero, ma coll' obbligo nondimeno di provare essere stata intenzione del testatore di legargliela altrettante volte. La ragione di questa differenza è evidente, dice il giureconsulto: *quod eadem res sæpius præstare non potest, eadem summa, volente testatore, multiplicari potest.*

*

E se erasi lasciata la stessa somma a peso di varii eredi, divisamente, vieppiù ciascun di essi doveva pagarla. Il legatario non doveva anche provare cosa alcuna; l. 44, §. 1, ff. *de legat.* 2.°

Al contrario sarebbe avvenuto come nel caso della medesima somma lasciata a carico dello stesso erede, se le diverse disposizioni fossero state poste a carico di più eredi collettivamente (medesima legge).

Quando queste medesime disposizioni eransi fatte con atti separati, allora se trattavasi d' un corpo certo, poteva il legatario dimandar la cosa in virtù di un testamento, e la stima in virtù dell' altro; §. 2, della citata legge 34. Lo che certamente non avverrebbe appresso noi, tranne se il testatore avesse dichiarato la sua volontà a tal riguardo.

Allorchè erasi legato con diversi atti una medesima somma o una medesima quantità di cose, il giureconsulto Celso dichiarava, nella l. 12, ff. *de probationibus*, che tutte le disposizioni avevano effetto, ammenochè l' erede non provasse che il testatore non aveva inteso di moltiplicare il legato, ma soltanto ripetere coll' ultimo atto quello che aveva fatto col primo. Quindi in tal caso la pruova era a carico dell'erede; mentrechè nell' ipotesi della medesima quantità legata più volte col medesimo atto, era a carico del legatario. Supponevasi in quest'ultimo caso di avere il testatore ripetuto per isbaglio la disposizione.

Ma in queste specie di legati della medesima

somma o della medesima quantità di cose simili, fatti più volte nel medesimo atto o con atti diversi, sarebbe svanito ogni dubbio se il testatore avesse detto, *amplius*, *plus*, ec, come svanirebbe ugualmente appresso noi se dicesse, *ancora*, *di più*, *inoltre*, o se facesse uso di espressioni analoghe.

Del resto la pruova nei casi dubbiosi far potevasi con tutti i mezzi atti a stabilire qual fosse stata l' intenzione del testatore, o per mezzo di lettere o altri scritti, o per mezzo di testimoni, i quali dichiaravano che il defunto aveva fatto loro conoscere la sua volontà. Non trattavasi in effetti delle forme del testamento stesso, ma soltanto di conoscere l' idea del disponente.

Appresso noi ammetterebbesi più difficilmente la pruova testimoniale quando non fosse sostenuta da un principio di pruova scritta: nondimeno potrebbero i tribunali anche accoglierla secondo le circostanze e l' importanza dell' oggetto litigioso; giacchè si tratterebbe soltanto d' interpetrare una volontà dubbiosa, in un caso in cui la legge stessa non istabilì alcuna presunzione, sia in favor dell' erede, sia in favore del legatario.

Allorchè le disposizioni fatte o nel medesimo atto o in atti diversi, erano cose differenti, per esempio, una di determinata somma, l'altra di data quantità di derrate, o di corpo certo, non eravi alcun dubbio di esser tutte dovute, ammenochè il testatore non avesse indicato la sua volontà di ri-

vocar la prima surrogandovi la seconda, per esempio, dicendo che ciò era per far le veci della prima (1).

Quando i legati erano di cose simili, ma di diversa quantità, presumevasi, salva la pruova contraria da parte del legatario, di aver voluto il testatore sostituire il secondo legato al primo (2), rivocando questo; l. 18, ff. *de alimentis legat.*

In verità questa legge statuisce sopra un caso in cui la seconda disposizione era al legatario più vantaggiosa della prima; ma per massima la ragione è la stessa che nel caso contrario. Del resto la l. 9, ff. *de adim. vel trasf. legat.* ne fa una quistione d'intenzione. E non eravi più dubbio allorchè il testatore il quale con un primo testamento aveva legato cento a Tizio, aveva detto in un secondo atto che più non gli legava se non cinquanta: *Titio quinquaginta dumtaxat, nec amplius heres meus dato*; l. 3, §. 10 ff. *de adimend. legat.*

Non essendovi dichiarazione di evidente volontà, la quistione se imperando il Codice civile la prima disposizione sia stata rivocata dalla seconda, sembra risoluta negativamente dall'art. 1036 c. c. = *991 ll. cc.*, secondo il quale le disposizioni testamentarie sono rivocate da nuove sol quando il testatore abbia dichiarato la sua volontà a tal riguardo, o siavi incompatibilità o contrarietà tra le

(1) *Cum res pro re dabatur*; l. 6, ff. *de adimend. vel trasf. legat.*

(2) Tranne tuttavolta se la seconda disposizione fosse stata posta a carico di persona diversa da quella ch'era stata gravata della prima.

une e le altre: or l'esistenza di un secondo legato della somma di cento franchi, per esempio, non è in alcun modo incompatibile con un altro legato di dugento franchi o di cinquanta franchi fatto alla medesima persona, o nello stesso atto, o in un atto posteriore.

In generale si seguirebbe adunque la maggior parte delle sentenze de' giureconsulti romani.

SEZIONE XII.

Delle diverse azioni che possono risultare dai legati in generale.

SOMMARIO.

374. *L'azione che il legato universale produce contro gli eredi quando ve ne sien di quelli cui spetta la riserva, e quella prodotta dal legato a titolo universale, anche quando non ve ne sieno, chiamasi* dimanda per rilascio.

375. La petizione di eredità, *propriamente detta, compete al legatario universale quando non vi sono eredi cui spetta la riserva.*

376. *I legatarii particolari non possono sperimentare la petizione di eredità, ma una semplice dimanda per rilascio.*

377. *Pei legati di somme, i legatarii hanno l'azione personale.*

378. *Pei legati di corpi certi, come un fondo, una casa, hanno di più la rivendicazione.*

379. *Hanno pure una ipoteca sui beni ereditarii. Testo dell' art. 1017 c. c.*

380. *In qual proporzione gli eredi o altri debitori di un legato ne sieno personalmente tenuti.*

381. *Continuazione.*

382. *Continuazione.*

383. *I legati particolari si reputano fatti per preapienza tra gli eredi ed i legatarii a titolo universale gli uni per riguardo agli altri, e tra questi ultimi rispettivamente.*

384. *Giustiniano fu quello che stabilì l'ipoteca legale a vantag-*

gio de' legatarii sui beni della eredità, ma con minore estensione che nella nostra legislazione.

385. *Può il testatore restringerla, ed anche escluderla.*

386. *I legatarii ricevettero anche un privilegio dalla legge sui* privilegii ed ipoteche: *disposizione dell' art. 2111 c. c.*

387. *Questo privilegio contiene un dritto d' ipoteca.*

388. *Rimessione ad un volume precedente per la spiegazione degli effetti di tal privilegio.*

374. I legati possono dar luogo a molte specie di azioni, secondo le diverse sorte di essi, ed anche secondo le persone contro cui son le medesime dirette.

Il legato universale allorchè vi sieno eredi cui spetta la riserva, ed il legato a titolo universale anche quando non vi hanno eredi di tal qualità, danno ai legatarii un' azione chiamata dal Codice *dimanda per rilascio* (art. 1004 e 1011 c. c. = *930 e 965 ll. cc.*), e quest' azione si confonde colla petizione di eredità, poichè con essa dimandasi il rilascio di parte dell' eredità, e talvolta dell' intero.

375. Ma allorchè nel caso di un legato universale non vi sieno eredi cui spetta la riserva, e la eredità si possegga nondimeno da qualcuno, l' azione è veramente la petizione di eredità, qualunque sieno i detentori, non importa se parenti o estranei, poichè essendo il legatario impossessato in questo caso (art. 1006 c. c. = *932 ll. cc.*), non dimanda che gli si faccia un rilascio de' beni, ma che gli vengano restituiti, come se fosse l' erede legittimo del defunto. Egli rappresenta appresso noi l' erede istituito de' Romani, il quale, al pari dell' erede

legittimo, aveva la petizione di credità contro tutti quelli che possedevano l' eredità (1).

376. I legatarii particolari non hanno l'azione di petizione di eredità, ammenochè lo stesso legato non fosse di una eredità devoluta al defunto, nel qual caso il legatario avrebbe contra i terzi detentori di questa eredità l' azione che il defunto stesso aveva. Ma negli altri casi, il legatario a titolo particolare non ha che azioni speciali, e l'azione ipotecaria sui beni dell' eredità del testatore.

377. Se il legato sia di una somma o di una cosa legata indeterminatamente, o se consista in un fatto, il legatario ha l' azione personale contra coloro che sono personalmente obbligati a soddisfarlo, e quest' azione si esercita col nome di *dimanda per rilascio.*

378. Se il legato sia di un corpo certo, come della tal casa, del tal podere dell'eredità, il legatario ha non solamente l' azione personale contra coloro che sono obbligati a rilasciargli la cosa legata, ma ha di più la rivendicazione; giacchè col solo fatto del legato, divenne proprietario della cosa; art. 1014 c. c. = *968 ll. cc.* Entrambe queste azioni, sperimentate contra i debitori del legato, si confondono colla dimanda per rilascio, che il legatario particolare è tenuto a formare giusta il detto art. 1014, e nell'ordine generale stabilito dall' art. 1011 c. c. = *965 ll. cc.* Ma di più la rivendica-

(1) L. 3, ff. *de heredit. petit. V.* tomo I.°, n.° 555 e seguenti.

zione può esercitarsi contra i terzi detentori della cosa legata, o che il testatore non ne fosse possessore al momento della sua morte, o che gli eredi l'avessero venduta ovvero donata dopo la sua morte. Il legatario non è tuttavolta dispensato per questo di dimandare il rilascio del legato a quelli che debbono fargliela.

379. L'art. 1017 c. c. = *971 ll. cc.* dispone che « gli eredi del testatore, o altri debitori di un legato sono personalmente tenuti a soddisfarlo, ciascuno *pro rata* della porzione di cui partecipa « nella eredità.

« Saranno tenuti per l'intero coll'azione ipotecaria sino alla concorrenza del valore degl'immobili ereditarii de' quali saranno detentori ».

Laonde è dessa una ipoteca legale, e pur tuttavolta l'art. 2121 c. c. = *2007 ll. cc.* non parla di questa ipoteca. Esso dice semplicemente che « i « dritti de' creditori legati a' quali è attribuita l'i- « poteca legale, sono:

« Quelli delle donne maritate sopra i beni de' « loro mariti;

« Quelli de' minori, o degl' interdetti sopra i « beni de' loro tutori;

« Quelli dello Stato, de' comuni e degli stabili- « menti pubblici, sopra i beni degli esattori ed « amministratori obbligati a render conto ».

Ma il silenzio di questo articolo circa all'ipoteca stabilita di pieno dritto dall' art. 1017 c. c. = *971 ll. cc.* a favore de' legatarii, si spiega mediante le

disposizioni dell' art. 2111 c. c. = *1997 ll. cc.*, che loro attribuiscono un *privilegio*, contenente in sè stesso una ipoteca, giusta l'art. 2113 c. c.=*1999 ll. cc.*

380. Circa al cennato art. 1017, la sua prima disposizione è una regola generale, applicabile a tutt' i casi nei quali il testatore non abbia stabilito da sè stesso il modo con cui i suoi eredi o altri successori a titolo universale fossero tenuti del legato; ma se l' abbia fatto, se abbia posto, per esempio, il tal legato a carico soltanto di un suo erede o suo legatario universale o a titolo universale, questo solo erede o legatario ne sarà personalmente obbligato, se accetti l'eredità. Se vi rinunzii, il peso passerà a quelli i quali stante il beneficio del dritto di accrescimento, o per effetto di una sostituzione volgare, profitterebbero della parte del rinunziante. E sarebbe lo stesso se egli non concorresse per altra ragione all'eredità. Nel nostro dritto, quelli che raccolgono i beni, sono in generale risponsabili de' legati. Torneremo a parlare su questo punto.

381. Ma quando anche coloro che sono personalmente tenuti di un legato divenissero insolvibili, gli altri non sarebbero per questo personalmente obbligati verso i legatarii (1), vieppiù che nol sarebbero se si trattasse di un debito (2). Ciascuno deve soltanto la parte sua, salvo l' effetto dell' azione ipotecaria, la quale ha precisamente per iscopo di prevenire questo inconveniente.

---

(1) L. 33, ff. *de legatis* 2.° Voet *ad Pandect.* tit. *de legat* n.° 41.
(2) *V.* tomo VII, n.° 444.

582. Se fosse fatto un legato particolare a titolo di precapienza ad uno degli eredi legittimi o istituiti, a fin di determinar qual parte egli debba contribuire nel pagamento degli altri legati, converrebbe sempre considerare non altro che la porzione ereditaria attribuita dalla legge o dal testatore a questo erede; imperocchè il legato particolare che ha ricevuto è, al pari degli altri legati di questa qualità, esente da ogni contribuzione ai pesi ereditarii.

583. E come già il dicemmo (1), il legato fatto ad un erede legittimo si reputerebbe fatto a titolo di precapienza riguardo ai legatarii universali o a titolo universale, cui non è dovuta la collazione; art. 857 c. c. = *776 ll. cc.* Quello fatto ad uno di questi legatarii sarebbe ugualmente fatto a titolo di precapienza, non solo riguardo agli altri legatarii, ma ancora riguardo agli stessi eredi legittimi, giacchè la collazione non è dovuta che dall'*erede al suo coerede* (*ibid.*), ciocchè s'intende unicamente degli eredi legittimi, e tra essi soltanto.

584. Giustiniano abolendo (2) l'immissione in possesso che ottenevano i legatarii, perchè dava luogo a frequenti dubbii, aveva loro accordato una ipoteca di pieno dritto sui beni ereditarii; ma l'effetto di questa ipoteca era riguardo a ciascuno de-

(1) *V.* tomo VII, n.° 227 e seguente.

(2) Colla sua Costituzione, ch'è la legge 1.a del Codice, *communia de legatis et fideicommissis, et de in rem missione tollenda.*

gli eredi o altri debitori di legato o di fedecommesso, proporzionato sull' estensione della loro obbligazione personale. Mentrechè il Codice civile la stabilisce indistintamente per *lo intero* contra gli eredi o altri debitori di un legato, sino alla concorrenza del valore degl' immobili della eredità di cui sono debitori. L' ipoteca in tal caso è così indivisibile ne' suoi effetti come lo è nei casi ordinarii; art. 2114 c. c. = 2000 *ll. cc.*

In linea di conseguenza, anche quegli eredi o altri successori a titolo universale i quali fossero esenti dal peso di contribuire alla soddisfazione del tale o tal altro legato, perchè il testatore avesse espressamente dichiarato la sua volontà a tal riguardo, o avesse semplicemente posto questo legato nominatamente a peso di altro successore, anche quegli diciam noi, potrebbero pure esser tenuti ipotecariamente sino alla concorrenza del valore de' beni ereditarii di cui fossero detentori, salvo il loro regresso contra i debitori del legato.

385. Vi sarebbe tuttavolta eccezione se il testatore gli avesse liberati ancora dagli effetti dell' azione ipotecaria del pari che dall' azione personale, lo che potè senza dubbio efficacemente fare (1).

Avrebbe potuto anche privare il legatario di qualunque ipoteca sui beni ereditarii, a fin di vincolar meno i suoi eredi o altri rappresentanti (2); giacchè certamente chi poteva non donare, potè

(1) Voet *ad Pandect. tit. de legatis*, n.° 41.
(2) Voet, *ibid.*

donare sotto talune restrizioni: *imponere modum liberalitati suæ, unicuique licet.* Donde emerge che il legatario non avrebbe il privilegio dell' art. 2111 c. c. = *1997 ll. cc.*, di cui parleremo, e per conseguenza non potrebbe inscriversi in virtù di questo articolo.

386. L' ipoteca de' legatarii è una vera ipoteca legale, abbenchè il Codice, nel titolo *delle ipoteche*, non accorda, come lo abbiam detto, siffatta qualificazione che a quelle delle mogli sui beni del loro marito, de' minori ed interdetti sui beni del loro tutore, e dello Stato, de' comuni e degli stabilimenti pubblici sui beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto (art. 2121 c. c. = *2007 ll. cc.*); ma ciò è perchè l'ipoteca de' legatarii si confonde col *privilegio* loro accordato dall' art. 2111 c. c. = *1997 ll. cc.* Or giusta questo articolo, i creditori ed i *legatarii* che domandano (1) la separazione del patrimonio del defunto, in conformità dell' art. 878 c. c. = *798 ll. cc.*, del titolo *delle successioni*, conservano riguardo ai creditori degli eredi, o di coloro che rappresentano il defunto, il loro privilegio sopra i beni immobili della eredità, mediante le iscrizioni fatte sopra *ciascuno* di tali beni entro sei mesi dal giorno in cui si è aperta la successione.

Prima che spiri questo termine, non può esse-

(1) Ma *V.* rispetto a ciocchè i compilatori del Codice potettero volere intendere con questa *dimanda* di separazione di patrimonii, quanto fu da noi detto nel tomo VII, n.° 489.

re costituita con effetto veruna ipoteca sopra questi beni dagli eredi o rappresentanti del defunto in pregiudizio de' creditori, o legatarii.

387. E secondo l'art. 2113 c. c. = *1999 ll. cc.*, tutti i crediti privilegiati sottoposti alla formalità dell' iscrizione, pe' quali non si sono osservate le condizioni dianzi prescritte a fine di conservare il privilegio, non *lasciano* tuttavia di essere ipotecarii; ma l'ipoteca relativamente ai terzi non prende altra epoca se non che quella delle inscrizioni, le quali sieno state fatte nelle forme stabilite dal Codice.

388. Siccome spiegammo estesamente l'effetto di questo privilegio e di questa ipoteca, trattando *della separazione de' patrimonii* nel tomo VII, cap. VI, sez. 4, §. 2, ivi rimettiamo il lettore, a fin di evitare inutili ripetizioni.

SEZIONE XIII.

Degli esecutori testamentarii.

SOMMARIO

389. *Il testatore può nominare uno o più esecutori testamentarii.*

390. *È questo un mandato che loro affida.*

391. *La persona nominata può ricusare, ma allora il legato che le fosse stato fatto sarebbe caduco, almeno generalmente.*

392. *Chi ha accettato l' esecuzione non può di poi abbandonarla, eccettochè per grave causa sopravvenuta posteriormente.*

393. *I minori e gl' interdetti non possono essere nominati per esecutori testamentarii.*

394. *Le donne maritate possono essere nominate, ma non possono accettare se non quando sieno debitamente autorizzate.*

395. *L'esecutore testamentario può essere preso fra gli eredi, i legatarii, ed i testimoni del testamento.*

396. *Il testatore può accordargli il possesso de' suoi mobili; se non glielo ha accordato, non può pretenderlo.*

397. *L'erede può far cessare il possesso pagando i legati, o consegnando all'esecutore testamentario somma bastante per pagarli.*

398. *Per dritto comune il possesso non dura più di un anno ed un giorno dalla morte del testatore.*

399. *Modificazione allorchè il testamento non sia stato subito scoverto.*

400. *E quando il testatore abbia ordinato che questo possesso potrebbe durare anche al di là dell' anno.*

401. *Allorchè vi sono eredi cui spetta la riserva, il testatore non può sempre ed indistintamente accordare il possesso di tutti i suoi beni mobili al suo esecutore testamentario.*

402. *Le cause che fan cessare il mandato fan cessare ancora il possesso.*

403. *Le facoltà dell'esecutore testamentario non passano a' di lui eredi.*

404. *Funzioni degli esecutori testamentari; testo dell' art. 1031 c. c.*

405. *In generale l' esecutore testamentario ha la scelta degli ufiziali pubblici per procedere all' inventario ed alla vendita de' mobili.*

406. *Il testatore può mai dispensare l' esecutore testamentario dal far inventario dei mobili di cui accorda il possesso, nonchè dal rendere il conto? La quistione risoluta con una distinzione.*

407. *Non avvi più dubbio allorchè il testatore che non lascia eredi cui spetta la riserva, abbia legato nel medesimo tempo il residuo, se ve ne sia, all' esecutore testamentario. In quai termini questo legato può essere fatto.*

408. *La disposizione colla quale il testatore lascia al suo esecutore testamentario una somma per farne l' impiego secondo le istruzioni particolari a lui date, egli dice, non è generalmente valida.* Controvertito.

409. *Caso in cui la disposizione è valida.*

410. *L' esecutore testamentario fa istanza per la vendita dei mobili a fin di soddisfare i legati; ma gli eredi debbono essere chiamati alla vendita.*

411. Debbono ancora esser chiamati a quella degl' immobili che l' esecutore testamentario fosse stato autorizzato a vendere con espressa disposizione del testamento.

412. Il prezzo delle vendite in generale dev' esser dato all' esecutore testamentario che ha il possesso, il quale può ancora ricevere il pagamento de' crediti, degli estagli e delle annualità arretrate delle rendite.

413. Egli impiega il danaro in soddisfare i legati; ma non paga questi legati che col consenso dell' erede, o in virtù di sentenza profferita contra quest' ultimo.

414. Paga nondimeno le spese funebri, di ultima malattia, di apposizione di sigilli e d' inventario, senz' aver bisogno del consenso dell' erede; ma non generalmente gli altri debiti.

415. Non ha qualità per intervenire nelle liti insorte tra l' erede ed i terzi per cause diverse dall' esecuzione del testamento.

416. Se la eredità è giacente, fa nominare un curatore.

417. L' esecutore testamentario può prendere iscrizione per conservare i dritti de' legatarii.

418. Deve rendere il suo conto decorso un anno dalla morte del testatore.

419. Quali spese ponga nel suo conto.

420. Mette ancora nel suo conto i legati ed i debiti che ha regolarmente soddisfatti.

421. Se gli sia stato fatto un legato, lo mette ancora nel suo conto, nel caso in cui non gli sia stato pagato.

422. A chi si rende il conto; innanzi a qual tribunale debb'esserlo, se non lo sia all' amichevole.

423. Come sien tenuti gli esecutori testamentarii allorchè ve ne esistano parecchi.

389. Prevedendo il testatore che l' esecuzione delle sue volontà sarà renduta più facile affidandola alle cure di un amico, può nominare un esecutore testamentario; può nominarne anche più; art. 1025 c. c. = *980 ll. cc.*

390. È questo un mandato che loro affida; ed il quale ha ciò di particolare che, lungi dal tes-

sare colla morte del mandante, come nei casi ordinarii (art. 2003 c. c. = *1875 ll. cc.*), comincia al contrario da quell' epoca.

Il testatore lo costituisce nell' interesse de' legatarii, ed anche qualche volta in quello degli eredi legittimi: l' esecutore testamentario è in generale un mediatore tra l' uno e gli altri. Il suo mandato consiste puranche in far eseguire la volontà del defunto la cui esecuzione nessuno avrebbe interesse a dimandare, come sarebbe l' erezione di una tomba, preghiere, ec.; e ciò anche principalmente diede luogo a questa istituzione, di cui si rinvengono tracce nel dritto romano, e che divenne di frequente uso dopo lo stabilimento del Cristianesimo.

391. Poichè è un mandato, può rinunziarvisi (art. 1035 c. c. = *988 ll. cc.*); ma se siasi lasciato a qualcuno un legato in considerazione della di lui nomina fatta dal testatore per vegliare all' esecuzione delle sue volontà, per esempio se fosse detto: « Lego al tale . . . . la tale somma . . . , o lo prego di accettare la tale somma . . . , o un « diamante, *per le pene e cure che gli ap-* « *porterà l' esecuzione delle mie volontà* », il legato sarebbe caduco colla rinunzia del legatario di accettare l' esecuzione, per esser fatto sotto una condizione o peso che non si fosse adempito.

Tuttavolta se il legato fosse fatto a qualcuno il quale non potrebbe essere esecutore testamentario, come un minore, sarebbe valido, perchè la con-

dizione si reputerebbe non iscritta, in virtù dell'art. 900 c. c. = *816 ll. cc.*

Nel caso di un legato fatto puramente e semplicemente a taluno nominato esecutore testamentario, cioè senza esprimere questo fatto come causa del legato, si opinava anticamente che il legatario poteva rifiutare l'esecuzione e dimandare nondimeno il legato. Ricard (1) credeva così, quantunque opini altronde che, nel caso in cui il testatore abbia fatto un legato puramente e semplicemente ad un individuo da lui nominato tutore de' suoi figli, il legato non sia dovuto se il legatario rinunzii alla tutela, quando anche avesse una scusa legittima. Nel dritto romano il legatario sarebbe stato privato del legato in ambedue i casi, giusta la regola: *Omnibus qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut indignis auferatur hereditas* (2).

L'opinione di Ricard offre una contraddizione di principii tanto più notabile, che l'incarico di un tutore essendo più oneroso di quello di un esecutore testamentario, il legatario meritò minor rimprovero di ricusare il primo che di ricusare il secondo. Laonde siamo indotti a credere che dovrebbe esser privato del legato, se ricusasse il detto incarico: l'accettazione di siffatta funzione dovrà generalmente considerarsi come tacita condizione del legato; salvo ai tribunali il valutare l'intenzione del testatore a tal riguardo, secondo le circostanze ed i ter-

(1) *Delle donazioni*, part. 3, n.° 236.

(2) Paolo, *sentent.*, lib. 8, tit. 3.

mini del testamento, e di prendere puranche in considerazione i motivi della rinunzia del legatario, quando altronde il testatore non avrà chiaramente detto che gli faceva il legato in considerazione del mandato che a lui dava.

392. L'esecutore testamentario, anche non legatario, non può più abbandonare l'esecuzione quando ha cominciato ad amministrare, menochè cause sopravvenute posteriormente non lo pongano nell'impossibilità di continuare la sua amministrazione, o di non continuarla che soffrendo una considerevole perdita: allora potrebbe rinunziare, come lo può fare un mandatario ordinario in simil caso; art. 2007 c. c. = *1879 ll. cc.*

393. Bisogna esser capace di accettare questo mandato: colui che non può obbligarsi non può dunque essere esecutore testamentario; art. 1028 c. c. = *983 ll. cc.*

Il minore, emancipato o pur no, non può esserlo, anche coll'autorizzazione del suo tutore o curatore (art. 1030 c. c. = *985 ll. cc.*); mentrechè, secondo l'art. 1990 c. c. = *1862 ll. cc.*, i minori emancipati possono essere nominati per mandatarii, salvo che il mandante non ha azione contro di essi, per ragione del mandato, se non secondo le regole generali riguardanti le obbligazioni de' minori. Ma precisamente perchè l'interesse degli eredi e de' legatarii, che sono estranei alla nomina dell'esecutore testamentario, e che non possono rivocarla, potrebb'essere facilmente compro-

messo per cagione di questa imperfetta risponsabilità del minore, non volle la legge che potesse essere nominato esecutore testamentario; in vece che in caso di un mandato ordinario, tanto peggio pel mandante se ha mal riposta la sua fiducia. Ciò si applica agl' interdetti; essi sono assimilati ai minori sotto tutela per la loro persona ed i loro beni; art. 509 c. c. = *432 ll. cc.*

394. Secondo l' art. 1029 c. c. = *984 ll. cc.*, la donna maritata non può accettare il carico di esecutrice testamentaria senza il consenso del marito.

Ma se è saparata di beni, o in forza del contratto di matrimonio, o per sentenza del magistrato, può assumere il carico col consenso del marito, o, in caso di rifiuto, coll' autorità del giudice.

Essa dunque ha puranche bisogno dell' autorizzazione del marito quando sia maritata senza comunione, o colla regola dotale, se non si trovi separata giudiziariamente circa ai beni. Si volle dare la maggior possibile garantia agli eredi o ai legatarii, i quali potranno almeno allora procedere per lo pagamento delle indennità che fossero loro dovute, sui beni alienabili della moglie, senza essere obbligati di riservarne il godimento al marito; argom. dell' art. 1413 c. c.

Ma dacchè il marito autorizzò sua moglie ad accettare l' esecuzione, bisognerebbe forse conchiudere che fosse personalmente risponsabile delle obbligazioni di quest' ultima? Non lo crediamo, anche nel caso in cui i coniugi fossero maritati in comunione. L' art.

1419 c. c. richiede in questo caso che le obbligazioni contratte dalla moglie coll' assenso del marito sieno anche obbligazioni di quest' ultimo, salvo il suo regresso contra di lei, se in realtà l' obbligazione della moglie sia stata formata nel di lei particolare interesse; ma n' è motivo che si vollero con ciò prevenire frodi che il marito avrebbe potuto facilmente commettere in pregiudizio de' terzi, facendo figurar sua moglie per prendere a mutuo, comprare o fare altri contratti analoghi, da cui avrebbe egli ritratto o potuto ritrarre tutti i vantaggi, senza nondimeno soggettarsi alle obbligazioni che dovevano risultarne; or ciò non può supporsi nell' accettazione di una esecuzione testamentaria affidata a sua moglie per la scelta fatta da un testatore, e che non deve mai giovargli. La regola che l' autorizzazione maritale non è data che per la validità dell' atto della moglie, e che troviamo chiaramente sancita nell' art. 1413 c. c., quantunque siasi cercato di porla in dubbio, deve prevalere: soltanto per l' esecuzione delle obbligazioni della moglie come esecutrice testamentaria potrà procedersi sopra tutti i suoi beni, senza che si abbia l' obbligo di riservarne il godimento al marito, uniformemente a questo medesimo articolo, pel caso in cui abbia essa accettata una eredità d' immobili senza sua autorizzazione. Viemaggiormente dev' esser così allorquando non avvi comunione tra i coniugi, poichè l' art. 1419 c. c., il quale può soltanto produrre qualche dubbio, parla della i-

potesi in cui i coniugi abbiano i beni in comunione, e cessa per conseguenza di poter essere invocato. Del resto in tutti i casi in cui il marito avesse in suo potere qualche cosa provveniente dalla eredità del testatore, o che avesse autorizzato sua moglie a disporne, o ne avesse disposto egli stesso, potrebbe esser personalmente convenuto a renderne conto.

395. L' esecutore testamentario può esser preso fra gli eredi legittimi e fra i legatarii; la legge no'l vieta. Può similmente essere scelto fra i testimoni del testamento; e quando anche il testatore gli avesse fatto un *donativo*, non sarebbe questa una ragione bastante per invalidare la sua testimonianza e far annullare l'atto testamentario; giacchè se non si trattasse che di un donativo di uso, di un valore proporzionato alle sostanze del testatore, non si potrebbe dire che sia un legato: sarebbe solamente una liberalità *onerosa*, un onorario in ricompensa di servigii che debbonsi rendere, la specie di convenzione *do ut facias*. Per cui, come già il dicemmo, il donativo non sarebbe dovuto se l' esecuzione del testamento fosse ricusata.

Importa tuttavia di prevenire ogni dubbio a tal riguardo, e di far intervenir un altro testimone in vece dell' esecutore testamentario cui il testatore si propone di dar qualche cosa per ricompensarlo delle pene e cure sue.

396. Il testatore può accordare al suo esecutore testamentario il possesso di tutti o di parte de' suoi mobili; art. 1026 c. c. = *981 ll. cc.*

Anticamente nella maggior parte delle consuetudini questo possesso era di dritto, ed in alcune si estendeva anche agl' immobili.

Oggidì se il testatore non l' abbia espressamente accordato agli esecutori testamentarii, costoro non lo possono pretendere; *ibid.*

Esso ha per oggetto di assicurare il pagamento de' legati di mobili e l'esecuzione della volontà del defunto, prevenendo la distornazione degli effetti che debbono servire a soddisfare questi legati ò ad eseguire questa medesima volontà.

Non è altro che il dritto accordato all' esecutore testamentario di prendere da sè stesso i mobili compresi in tale possesso; ma non è questo un vero possesso, è piuttosto una specie di sequestro. L' esecutore testamentario possiede in nome dell'erede o del legatario universale impossessato di pieno dritto.

597. Laonde questo erede o questo legatario può far cessare il possesso, giustificando il pagamento de' legati de' mobili, o offrendo di consegnare agli esecutori testamentarii una quantità di danaro bastante a pagare siffatti legati; art. 1027. c. c. = 982 *ll.* cc. L' oggetto del possesso si è allora ottenuto.

Lo potrebbe ugualmente quantunque il testatore avesse stabilito un termine alla durata del possesso, e questo termine non fosse trascorso. In fine lo potrebbe del pari ancorchè il defunto avesse incaricato l' esecutore testamentario di far ven-

dere tutti i suoi beni (1). Egli non ordinò questa vendita se non per rendere più facile l'esecuzione delle sue disposizioni, ed il suo fine si è perfettamente ottenuto coll' eseguirsi queste medesime disposizioni.

398. Secondo l'art. 1026 c. c. = *981 ll. cc.*, il possesso non può durare più di un anno ed un giorno, da computarsi dal dì della morte del testatore; e nell'antica giurisprudenza comunemente avea questa durata. Non si volle che la non ritenzione dell' erede si prolungasse troppo; in guisa che anche quando l'esecuzione del testamento non fosse compiuta, e vi restassero ancora legati di mobili i quali pel tale o tal altro motivo non fossero soddisfatti, l'erede o il legatario universale avesse nondimeno il dritto, dopo l'anno, di domandare la restituzione degli effetti compresi nel possesso, senza essere per ciò obbligato di consegnare all'esecutore testamentario quantità di danaro bastante per adempiere la volontà del defunto, attesochè questo possesso non più sussiste.

399. Tuttavolta se il testamento non fosse stato scoperto subito dopo la morte del testatore, o se fossero insorti dubbii che avessero impedito all'esecutore testamentario di prender possesso de' mobili, si crede generalmente che il termine dell'anno e giorno non comincerebbe a decorrere dalla morte del defunto, ma soltanto dalla scoperta del

(1) Fu così giudicato, e con ragione, dalla Corte di Brusselles, nel 16 marzo 1811; *Sirey*, 1812, 2, 41.

testamento o della cessazione de' dubbii. Siffatta risolúzione è del tutto ragionevole; altrimenti potrebbe avvenire che la volontà del testatore a tal riguardo fosse puramente illusoria.

400. Taluni credono ancora che la durata di un anno ed un giorno a computare dalla morte del defunto, stabilita dall' art. 1026 c. c. = *981 ll. cc.*, debba intendersi del caso in cui il testatore, accordando il possesso al suo esecutore testamentario, non siasi spiegato sulla durata che esso avrebbe, o pure perchè ha soltanto stabilito questo termine di unn anno; ma che se, nella prevegenza che l'esecuzione delle sue disposizioni potrebbe incontrare qualche dubbio e qualche lentezza, o quando faccia legati a termine la cui scadenza si estenderà oltre l'anno, abbia stabilito egli stesso una più lunga durata al possesso, allora la sua volontà debb' essere eseguita come non avendo cosa alcuna di contrario all'ordine pubblico, nè al buon costume. Si sostiene che sarebbe assurdo che chi potrebbe disporre de' suoi mobili in danno dell' erede o de' legatarii, non potesse pertanto ordinare che questi medesimi mobili restassero in deposito nelle mani dell' esecutore testamentario; che *chi può il più, può il meno*, ec. Tanto più inchiniamo a questa opinione, in quanto che a tutti siffatti motivi puossi aggiungere quello desunto dacchè l' erede può far cessare il possesso qualora vorrà, giustificando il pagamento de' legati de' mobili, o offrendo all' esecutore testamentario una quantità di danaro bastante a soddisfarli.

In verità nelle osservazioni del Tribunato, ed in conseguenza delle quali fu dettato l' art. 1026 c. c. = *981 ll. cc.* tal quale è nel Codice, si vede che fu detto dalla sezione incaricata dell'esame del progetto di legge, « esser necessario di esprimere che il possesso *in nessun caso* può durare più dell' anno ed un giorno. » Ma primieramente queste parole *in nessun caso*, non si trovano nell'articolo. In secondo luogo si conviene generalmente che quando il testamento non sia stato scoverto che molto tempo dopo la morte, il termine non comincia a decorrere se non dal giorno della scoverta. In fine la sezione non dovè spiegarsi sul caso particolare in cui il testatore espresse la sua volontà a tal riguardo, ma sibbene sulla durata che il possesso doveva avere per dritto comune; or si volle adottare la durata dell' antica giurisprudenza della maggior parte de' parlamenti, rimovendo l' arbitrio che talune consuetudini lasciavano ai tribunali, ma non altro.

401. Del resto, allorchè vi sieno eredi cui spetta la riserva, il testatore non può sempre, ed indistintamente, dare il possesso di tutti i suoi mobili al suo esecutore testamentario; per esempio, se tutte le sue sostanze o quasi tutte fossero mobili, dovrebbe limitarsi a dare il possesso di certa parte de' mobili bastante per l' esecuzione delle sue particolari disposizioni, e non dare senza restrizione il possesso di tutti i suoi mobili. Questi eredi sono essi stessi impossessati della eredità per forza

della legge (art. 724 c. c. = *645 ll. cc.*), e non è lecito al testatore, anche istituendo un erede o un legatario universale, di conferirgli questo dritto di possesso in loro pregiudizio (1); art. 1004 c. c. = *930 ll. cc.* Or ciocchè non potrebbe fare riguardo alla eredità, non lo potrebbe fare circa ai mobili, allorchè questi mobili compongono tutta o quasi tutta la eredità medesima. Il dritto delle riserve non può mai esser compromesso, e col fatto potrebbe esserlo col possesso, accordato all' esecutore testamentario, di tutti i mobili, quando tali mobili debbono essi medesimi somministrare la totalità o una gran parte di queste stesse riserve.

402. Tutte le cause le quali, secondo l'art. 2003 c. c. = *1875 ll. cc.*, fan cessare il mandato *ex persona mandatarii*, cioè la morte naturale o civile del mandatario, il suo fallimento o decozione, la sua interdizione o rinunzia (allorchè dopo di aver accettato può rinunziare), porrebbero fine ugualmente al possesso dell' esecutore testamentario, facendone cessare le facoltà.

403. In fatti queste medesime facoltà non passano a' suoi eredi (art. 1032 c. c. = *987 ll. cc.*): essi sono inerenti in esclusivo modo alla sua persona.

404. Le funzioni degli esecutori testamentari sono indicate nell' art. 1031 c. c. = *986 ll. cc.*, così conceputo:

« Gli esecutori testamentarii faranno apporre i

(1) Come più innanzi lo dimostrammo parlando del legato universale, n.° 191.

sigilli, quando vi sieno eredi minori, interdetti o assenti (1).

« Faranno stendere l'inventario de'beni della e-
« redità in presenza dell'erede presuntivo, o do-
« po averlo formalmente citato.

« Non essendovi denaro bastante per soddisfare
« i legati, faranno istanza per la vendita de' mo-
« bili.

« Invigileranno perchè il testamento venga ese-
« guito; ed in caso di controversia, potranno in-
« tervenire in giudizio per sostenerne la validità.

« Spirato l'anno dalla morte del testatore, do-
« vranno render conto della loro amministrazione ».

405. Nell'antica giurisprudenza la scelta degli uffiziali pubblici che dovevano far l'inventario, la stima e la vendita degli effetti mobili, apparteneva all'esecutore testamentario (2), il quale, come il dicemmo, aveva il possesso di dritto, se il testatore non avea manifestato una contraria volontà; ma gli eredi i quali non approvavano la sua scelta potevano nominare un secondo notaio ed un secondo commessario stimatore per operare congiuntamente con quelli scelti dall'esecutore testamentario.

Se non vi fossero eredi cui spetti la riserva, si

(1) Nondimeno l'apposizione de' sigilli, allorchè vi sieno minori è indispensabile sol quando non abbiano tutore, lo che non avviene allorchè esista il padre o la madre, poichè egli è tutore legale: art. 911 c. pr. = *988 ll. pr. civ.*, che modifica o piuttosto spiega l'art. 819 c. c. = *738 ll. cc.*, giusta quanto fu detto nel tomo III, n.° 354, e nel tomo VII, n.° 25 e 133.

(2) Il nuovo Denizart, v.° *esecuzione testamentaria*, §. 5, n 7 e 10, riferisce due decisioni che così giudicarono.

dovrebbe seguire la medesima dottrina vigente il Codice, sia che il possesso fosse stato accordato o pur no all'esecutore testamentario; ma nel caso in cui vi sieno eredi di questa classe, opiniamo che la scelta degli ufiziali ministeriali appartenga ad essi.

406. È grave quistione quella se il testatore possa dispensare l'esecutore testamentario dal fare inventario de' mobili di cui gli accorda il possesso, e dal render conto, o semplicemente dal fare inventario: essa fu controvertita nell' antica giurisprudenza, e lo è ancora vigente il Codice.

Da principio si conviene generalmente che se l'esecutore testamentario fosse incapace di ricevere dal testatore, non potrebbe esser dispensato dal fare l' inventario, nè dal render conto de' mobili che avesse avuto in suo potere.

Siffatta dispensa neanche può aver luogo se vi sieno eredi cui spetta la riserva, perchè osterebbe che si potesse giudicare se i mobili presi dall' esecutore testamentario, uniti altronde ai legati che il testatore potè fare, eccedano o pur no la quota disponibile.

Ma negli altri casi, non si scorge perchè il testatore il quale poteva donare i suoi mobili all'esecutore testamentario, non avesse potuto, accordandogli il possesso di questi mobili, dispensarlo dal fare inventario e dal renderne conto: *Non debet cui plus licet, quod minus est non licere;* l. 21, ff. *de reg. juris.*

Giusta questo principio, la legge ultima del Co-

dice *arbitrium tutelæ*, dichiara positivamente che un testatore legando i suoi beni ad un minore, può dispensare il tutore, o vietare a costui, di farne inventario (1), quantunqne secondo le leggi, i beni de' minori debbano inventariarsi a diligenza de' loro tutori.

Ricard (2) fu di questo parere, e Pothier dell' opinione contraria.

Quest'ultimo giureconsulto si attiene al motivo che l' esecutore testamentario ripetendo il possesso dalla legge e non dal testatore, non può averlo che sotto la condizione imposta dalla legge. Ma siffatta ragione, che non presentava cosa alcuna di ben concludente anche nel tempo in cui scriveva Pothier, poichè il testatore avrebbe potuto accordare egli medesimo il possesso con una speciale disposizione; siffatta ragione, diciamo, è senza forza oggidì che il possesso deriva dal testatore e non dalla legge. Or se potè legare i suoi mobili all'esecutore testamentario, come si suppone, viemaggiormente potè, dandogliene la custodia, dispensarlo di farli inventariare, ed anche di renderne conto: chi può il più, può il meno.

Si oppose (3) che questa dispensa cagionerebbe imbarazzi nel caso in cui potrebbe esservi luogo alla riduzione proporzionale de' legati, perchè i beni non bastassero per soddisfarli tutti interamente; ma

(1) *V.* nel tomo III, n.° 538, quanto dicemmo su tal punto.

(2) *Delle donazioni*, part. 2, cap. 2, n.° 87 e seguenti.

(3) Grenier.

si rispose (1) che questo imbarazzo non riguarderebbe che l'esecutore testamentario, e che se egli commettesse il fallo d' impadronirsi de' mobili senza farne comprovare lo stato nel caso in cui fosse dubbioso che i beni bastassero a soddisfare per intero i legati di mobili, potrebbe secondo le circostanze, se mai vi fosse sospetto di frode, esporsi a sentir dire che è reputato di aver trovato in tali mobili valore bastante per soddisfare tutti questi legati.

Circa all'obbiezione desunta dacchè la legge non fece eccezione alla regola colla quale sottopose gli esecutori testamentarii all'obbligo di stendere inventario e di render conto, vi si risponde dicendo che la legge non si occupò del caso in cui ne fossero dispensati dal testatore; mentrechè quando vuole che la sua disposizione sia eseguita non ostante quella dell' uomo, ha generalmente cura di dichiararlo in modo espresso. Se ne potrebbe citare una infinità di esempii.

407. Del resto non vi sarebbe alcun dubbio se il testatore che non lasciasse eredi cui spetta la riserva avesse legato all' esecutore testamentario il residuo di ciò che potrebbe dovere, o se l' avesse dispensato dal pagare questo residuo, o avesse vietato al suo erede di chiederlo (2); ciò sarebbe, in questi due ultimi casi, un legato implicito ugualmente valido che il legato espresso fatto nel primo.

(1) Toullier, ch' è del nostro parere.

(2) Furgole, *de' testamenti*, cap. 7, sez. 2, n.o 115.

408. Nell'antica giurisprudenza si riguardava come validissima la clausola colla quale il testatore lasciava a disposizione dell' esecutore testamentario l' impiego de' mobili e denari che restassero in di lui mano dopo il pagamento de' legati e l' adempimento delle particolari volontà del defunto (1). Avviene ancora talune volte che un testatore ordina al suo esecutore testamentario o al suo erede di consegnare una somma ad una indicata persona, alla quale ha fatto conoscere, egli dice, la sua volontà circa la disposizione di questa somma. Qualche volta incarica puranche il suo esecutore testamentario di fare direttamente l' impiego indicatogli.

Siffatte disposizioni sono forse vietate dal Codice?

Puossi dire per la negativa, che il testatore con ciò forse volle fare una restituzione, cui l' obbligavano doveri di coscienza, e che volle sottrarre da qualunque specie di pubblicità increscevole per la sua memoria e talune volte ancora per la sua famiglia; oppure forse intese anche di conferire un beneficio il quale, per particolari motivi, ed altronde onesti, volle tener segreto.

Ma puossi dire ancora contra simili disposizioni, almeno contra la maggior parte di esse, che hanno l' inconveniente di far dipendere l' effetto dalla volontà del testatore, dall' arbitrio di un terzo, con-

(1) Furgolé, *de' testamenti*, capo 10; n.i 51 e 52; ed il nuovo Denizart, v.e *esecutore testamentario*. Molte decisioni avevano giudicato in questo senso.

tra la natura de' legati, i quali non debbono derivare che solamente dalla volontà del defunto.

Fa d'uopo altronde che gli eredi sieno in grado di conoscere qualsivoglia legatario, a fin di poter giudicare se fosse o pur no capace di ricevere dal testatore, ed a fin puranche di poter fare rivocare il legato per una delle cause prevedute dalla legge, se avvi luogo.

Finalmente dovrebbe temersi che il defunto donasse in tal modo a corporazioni non autorizzate dalle leggi; e nessuna corporazione, anche autorizzata, può accettar legati se non dopo una speciale autorizzazione del Re.

La giurisprudenza offre su tal punto monumenti pro e contra. Quindi la Corte d' Aix giudicò che la disposizione era nulla, e la sua decisione fu confermata dalla Corte di cassazione, nel 12 agosto 1811 (1); mentrechè la Corte di Bordò la giudicò valida, nel 19 agosto 1814 (2). Altre decisioni furono puranche profferite ora in un senso, ora nell'altro.

Siccome è questo un caso non deciso dal Codice, opiniamo che i tribunali possano e debbano, in virtù dell' art. 4, determinarsi secondo le circostanze della causa, e giudicare della validità del legato secondo tali circostanze.

409. Ma riguardiamo come indubitatamente valido il legato fatto nei termini seguenti: « Lego mil-

(1) *Sirey*, 11, 1, 357.
(2) *Sirey*, 15, 2, 7.

« le scudi ai poveri più bisognosi e meritevoli del « mio comune ». Abbenchè vi sia un certo arbitrio nella scelta de' più bisognosi e meritevoli, nondimeno questo arbitrio è quello di un uomo da bene, *boni viri*; ed esso cade soltanto sull' *esecuzione* della disposizione, e non sulla disposizione medesima. Le persone possono divenir *certe* mediante una scelta fatta con discernimento ed equità, e questo è quanto occorre.

Un' ordinanza del Re, degli 11 gennaro 1815, inserita nel bullettino delle leggi, secondo la sua data, autorizzò l' accettazione del legato fatto da Berbigniz, di una somma di 2000 fr. ai poveri di San Sulpicio di Parigi, e del suo personale guardaroba, *alle persone che saranno* INDICATE DAL CURATO DI QUESTA PARROCCHIA.

410. L' esecutore testamentario fa istanza per la vendita de' mobili, non essendovi danaro bastante per soddisfare i legati ed eseguire le speciali volontà del defunto. Ma quando anche egli avesse il possesso, non sarebbe in dritto di farli vendere senza chiamare l' erede, menochè il testatore, come si è detto, non gliene avesse fatto legato in uno de' sopraespressi modi, o non lo avesse dispensato dal renderne conto; supponendo in quest' ultimo caso che non avesse eredi cui spetti la riserva, ed in tutti, che l' esecutore testamentario fosse capace di ricevere da lui.

411. E quando anche il testatore l' avesse autorizzato a vendere stabili per eseguire le sue dispo-

sizioni, dovrebbe ancora chiamare gli eredi alla vendita, come lo giudicò la Corte di Brusselles, colla sua decisione de' 2 agosto 1809 (1). Gli eredi sono proprietarii, anche possessori di dritto, de' beni ereditarii; essi debbono dunque concorrere ad un atto il quale deve spogliarli del loro dritto di proprietà.

412. Siccome l'esecutore testamentario ha il possesso de' mobili, devesi a lui consegnare il prezzo di quelli venduti. Può ancora ricevere il pagamento de' crediti ereditarii, ed anche i capitali delle rendite di cui i debitori volessero fare il rimborso, e che oggidì sono indistintamente cose mobili; art. 529 e 530 c. c. = *452 e 453 ll.* cc. Può ugualmente, non essendovi danari o effetti bastanti per soddisfare i legati, procedere contra i debitori della eredità (2); ma è più regolare allora di chiamare l'erede per agire di concerto con lui, e se questo ultimo vi si neghi, l'esecutore testamentario può agir da sè solo.

. Può in simil modo ricevere il pagamento delle pigioni, estagli, ed annualità arretrate maturate dopo la morte del testatore Tali effetti, è vero, non ispettarono a quest' ultimo, ma sono dipendenze di cose che a lui appartennero, ed il possesso fu accordato *cum omni causa*.

413. Deve impiegare i danari ricevuti pel pagamento de' legati de' mobili, ma non deve farlo che

(1) *Sirey*, 1813, 2, 349.

(2) *V.* il nuovo Denizart, v.° *esecutore testamentario.*

col consenso dell'erede, o in virtù di sentenza profferita contro di costui, e passata in forza di cosa giudicata. Non gli appartiene in fatti il decidere della validità de' legati. Neanche spetta a lui il produr dimanda contra gli eredi per farli soddisfare; può soltanto, come il dice l'art. 1031 c. c.=*986 ll. cc.*, *intervenire* nel giudizio per sostenere l'esecuzione del testamento. E se i legatarii formino contra di lui dimanda di rilascio, senza formarla nel medesimo tempo contro gli eredi, deve denunziarla a questi ultimi, che sono gl'interessati a discutere se il legato sia valido. In quanto a lui, può limitarsi a dichiarare che riguardo alla validità del legato si rimette alla giustizia, perchè non ha motivo da impugnarlo.

Se pagasse dunque legati senza il consenso di coloro che ne sono tenuti, o senza una sentenza, sarebbe esposto a non vedere ammesse nel conto le somme impiegate a pagare il tale legato che avrebbe potuto essere annullato o ridotto.

414. È uso purtuttavia che egli paghi da sè solo le spese funebri, quelle di ultima malattia, di apposizione di sigilli e d'inventario, le quali sono privilegiate, e senza la cui soddisfazione il pagamento de' legati incontrerebbe ostacoli. Circa ai debiti ordinarii, non deve soddisfarli se non col consenso degli eredi, o in virtù di sentenza profferita contro di essi, anche quando il defunto lo avesse autorizzato a pagarli.

415. Non ha qualità in conseguenza per inter-

venire nelle controversie elevate tra i creditori e gli eredi, nè per intervenire nelle transazioni che facessero; ma è suo dovere di prevenire i legatarii qualora si accorga che gli eredi fan profferire sentenze per collusione, o fanno contratti pregiudizievoli ai dritti de' primi, e può intervenire nelle cause riguardanti le disposizioni del testamento.

In somma deve usare tutte le cure di un buon padre di famiglia per l' esecuzione della volontà del defunto, ma senza oltrepassare le sue facoltà.

416. Se la eredità sia giacente, fa nominare un curatore dal tribunale del luogo in cui si è aperta la successione; art. 811 e 812 c. c. = *730 e 731 ll. cc.*

417. Assai comunemente si opina che l'esecutore testamentario, a fin di più assicurare il pagamento de' legati, può prendere iscrizione nell' interesse de' legatarii sugl' immobili della eredità, uniformemente all' art. 2111 c. c. = *1997 ll. cc.*: e ciò, sia che non abbia sia che abbia il possesso, perchè alcuni legati di mobili non fossero pagabili se non dopo di esser desso cessato, sia finalmente in caso d' insufficienza de' mobili per soddisfarli: questo in fatti non è che un atto conservatorio delle disposizioni testamentarie.

418. L' esecutore testamentario deve rendere il suo conto spirato l'anno dalla morte del testatore, menochè, come si disse più sopra, quest' ultimo prevedendo che le sue disposizioni potrebbero difficilmente eseguirsi nell' anno, non abbia prolun-

gato la durata del possesso, nel qual caso il conto deve rendersi all'epoca in cui dovette esso cessare. E se in questa ipotesi gli eredi l'avessero fatto cessare, come ne avevano il dritto, e ciò fosse dopo l'anno dalla morte, il conto dovrebbe essere immediatamente renduto; se sia nel corso dell'anno, il conto de' mobili compresi nel possesso dovrebbe essere ancora subito renduto. Appunto con questo rendimento di conto cessa l'effetto del possesso. Or gli eredi avevan sempre il dritto di farlo cessare.

419. Le spese fatte dall'esecutore testamentario per l'apposizione de' sigilli, per l'inventario, pel rendimento de' conti, e tutte le altre relative alle sue funzioni sono a carico della eredità; art. 1034 c. c. = *989 ll. cc.*

Le spese delle liti mal fondate che l'esecutore testamentario, sotto pretesto di badare all'esecuzione del testamento avesse elevato contra gli eredi o contra terzi, dovrebbero restare a suo carico personale; e per evitare ogni dubbio a tal riguardo, converrebbe che il tribunale le mettesse a suo peso con una speciale disposizione della sentenza, in conformità dell'art. 132 c. pr. = *223 ll. pr. civ.*

420. Mette anche nel suo conto i legati da lui regolarmente pagati, del pari che i debiti che si trovasse di aver soddisfatti; in somma tuttociò che ha legittimamente speso.

421. Se siaglisi fatto un legato o un dono, secondo l'uso, lo fa entrare nel capitolo del suo

esito, se di già non ne sia stato pagato; ma non può pretendere cosa alcuna per onorarii, quando anche il defunto nulla gli avesse donato.

422. Il conto è renduto, secondo i diversi casi, o agli eredi legittimi, o ai legatarii universali o a titolo universale, e qualche volta agli uni ed agli altri congiuntamente, o al curatore della eredità giacente, qualora sia stato nominato. L'esecutore testamentario può farsi assistere, nel rendimento del conto, da un notaro o da un patrocinatore, a spese della eredità.

Si pretese che, quando il conto dell'esecutore testamentario non sia renduto all'amichevole, debb' esserlo innanzi al tribunale del luogo dove si è aperta la successione, perchè ivi, giusta l'art. 57 c. pr., debbono portarsi tutte le dimande riguardanti l'esecuzione delle disposizioni a causa di morte; ma il rendimento del conto non è che in indiretto modo relativo a siffatta esecuzione, ch' è di già operata. È più conforme ai principii, a creder nostro, il risolvere che debb' aver luogo innanzi al tribunale del domicilio dell' esecutore testamentario, in conformità dell'art. 527 del medesimo Codice = *610 ibid.*, il quale prescrive « Le persone tenute a render « conto sopra oggetti di amministrazioni loro affi- « date per via giuridica, saranno citate davanti « gli stessi giudici che le avranno prescelte; i tu- « tori davanti al giudice del luogo in cui la tu- « tela sarà stata esercitata; e *tutti gli altri am-* « *ministratori* davanti i giudici del loro domi- « cilio. »

423. Se vi sono più esecutori testamentarii che abbiano accettato, un solo può agire in mancanza degli altri; ma sono tenuti in solido de' mobili loro affidati, purchè il testatore non abbia diviso le loro funzioni, e ciascuno di essi non siasi ristretto a quella che gli fu attribuita; art. 1033 c. c. = *988 ll. cc.*

Se dunque non abbiam tutti accettato, e non siensi dal testatore divise le loro funzioni, nessuno può procedere; giacchè il testatore non ripose forse la sua fiducia in ciascun d' essi che in considerazione degli altri, ed i legatarii non hanno più le medesime garentie allorchè non accettino tutti. L' art. 1858 c. c. = *1730 ll. cc.* somministra ancora un grave argomento per risolvere così. Sarebbe diversamente se il testatore avesse diviso le funzioni: allora ciascuno di essi, come incaricato di un mandato speciale, potrebbe agire nel limite che gli fosse stato prescritto, non ostante il rifiuto del tale o tal altro di accettare.

A differenza de' mandatarii ordinarii che non sono tutti tenuti in solido della inesecuzione del mandato affidato a molti se non quando vi sia stata convenzione a tal riguardo (art. 1995 c. c. = *1867 ll. cc.*), gli esecutori testamentarii sono solidalmente risponsabili de' mobili loro affidati, purchè il testatore non abbia diviso le loro funzioni e ciascun di essi non siasi ristretto a quella che gli era stata attribuita. Si volle dare la maggiore garantia possibile agli eredi ed ai legatarii, che non i-

scelgono gli esecutori testamentarii, e che non possono rivocarli.

Ma bisogna osservare che la solidalità non è stabilita che riguardo al conto de' mobili, e tra quelli soltanto cui furono essi affidati; in guisachè se il possesso non venne accordato, non avvi più solidalità; ed anche nel caso in cui fu a tutti accordato, la solidalità non sussisterebbe per altre cause che pel conto di questi mobili: ciascuno sarebbe risponsabile de' suoi atti di cattiva amministrazione. La solidalità non si estende da una cosa ad un' altra per via di analogia; art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.* Or l'art. 1033 c. c. = *988 ll. cc.* non la stabilisce che pel conto de' mobili affidati agli esecutori testamentarii; non ne parla circa ai danni ed interessi di cui potessero essere risponsabili per altri oggetti.

In fine quando il testatore affidando i proprii mobili a tutti i suoi esecutori testamentarii, o a parecchi di essi, divise le loro funzioni, colui che si è ingerito in quella degli altri è tenuto *in solidum* pei proprii fatti. Ma coloro che si sono limitati nelle loro funzioni non vanno soggetti ad alcuna condanna a tal riguardo. In siffatto modo deve intendersi la disposizione finale dell' art. 1034 c. c. = *989 ll. cc.*

SEZIONE XIV.

Della rivocazione delle disposizioni testamentarie; della loro nullità e caducità, e del dritto di accrescere tra i collegatarii.

SOMMARIO.

424. *Il testamento è sempre rivocabile.*

425. *Lo è non ostante qualunque dichiarazione a ciò contraria; le* clausole derogatorie *sono senza effetto.*

426. *Divisione della sezione.*

§. I.

Della rivocazione delle disposizioni testamentarie.

427. *Le disposizioni testamentarie possono rivocarsi espressamente o tacitamente.*

428. *Testo degli art. 1035 e 1036 c. c.*

429. *Compilazione dell' art. 1035 c. c. nel progetto di legge.*

430. *Discussioni alle quali diede luogo questo articolo, e gravi controversie che la sua compilazione diffinitiva fece sorgere.*

431. *Un atto scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore, può rivocare i testamenti anteriori, quantunque non contenga alcuna esplicita disposizione di beni; ma controvertito: decisione ed arresto in sostegno di tale risoluzione.*

432. *Un atto pubblico, nullo come testamento, rivoca mai le disposizioni anteriori?*

433. *Esame del dritto romano su tal soggetto, e distinzione tra le istituzioni di erede ed i legati.*

434. *Questo dritto era seguito a tal riguardo nelle nostre provincie meridionali.*

435. *Le medesime regole non erano in ogni punto adottate nei paesi di dritto consuetudinario.*

436. *L' atto nullo come testamento e che non contiene rivocazione espressa delle precedenti disposizioni, non le rivoca.*

437. *L' atto nullo come testamento e come atto pubblico non rivoca le precedenti disposizioni, ancorchè contenessero una clausola di espressa rivocazione.*

438. *L' atto nullo come testamento, ma valido come atto pubblico, rivoca le precedenti disposizioni fatte a vantaggio di un' altra persona, allorchè contenga una clausola di rivocazione. Controvertitissimo.*

439. *Nel medesimo caso, allorquando le seconde disposizioni son fatte a vantaggio della medesima persona, le prime continuano ad avere effetto, ma nella proporzione soltanto del valore delle ultime.*

440. *Sunto della discussione su questi differenti punti.*

441. *Puossi con un nuovo testamento far rivivere disposizioni che erano state rivocate da un testamento posteriore anch' esso rivocato.*

442. *I testamenti posteriori che non rivocano in modo espresso i precedenti, annullano in questi soltanto le disposizioni incompatibili colle nuove.*

443. *Esempio di una rivocazione per causa d' incompatibilità delle due disposizioni.*

444. *Quando il testatore non ha chiamato la seconda persona che in mancanza della prima, avvi sostituzione volgare, e non rivocazione del primo legato.*

445. *La quota legata a Paolo, dopo un legato universale fatto a vantaggio di Filippo, è un trasferimento di questa quota, ed una rivocazione condizionale.*

446. *Continuazione, e dritto romano.*

447. *Nel caso inverso, avvi forse rivocazione del primo legato, o concorrenza? Decisione e discussione.*

448. *Come si soddisfino i differenti legati di somme contenuti nel medesimo atto o in atti diversi, allorchè i beni non bastino per pagarli interamente.*

449. *Qualunque disposizione testamentaria è rivocata con una donazione universale fatta per contratto di matrimonio, abbenchè posteriormente.*

450. *La rivocazione fatta in un testamento posteriore ha tutto il suo effetto, quantunque questo nuovo atto resti senza esecuzione per la incapacità dell' erede istituitovi del legatario, o pel suo rifiuto di accettare.*

451. *Ma no, per massima generale, se ciò sia per effetto dell' inadempimento della condizione apposta alla seconda disposizione. Dritto romano uniforme a questa risoluzione nel caso di legati.*

452. *Sostituzione di una disposizione condizionale ad una pura e semplice fatta a vantaggio della medesima persona, e vice versa.*

453. *Trasferimento del legato posto a carico del tale erede, mettendolo di poi a peso di un altro erede.*

454. *Il trasferimento de' legati, e per conseguenza la loro rivocazione, può aver luogo in cinque modi.*

455. *Avvi rivocazione tacita di una disposizione fatta unicamente in considerazione di un' altra, colla rivocazione di questa.*

456. *La rivocazione di un legato giova a coloro che sarebbero stati tenuti a soddisfarlo.*

457. *L' abbandono o rinunzia al testamento fatta dai legatarii universali o a titolo universale non produce nel nostro dritto l'annullamento delle altre disposizioni testamentarie.*

458. *Ogni alienazione della cosa legata fatta dal testatore produce rivocazione per ciò ch' è stato alienato.*

459. *Presentemente non devesi più distinguere se l' alienazione sia stata o pur no forzosa.* Quid *di una vendita condizionale, se la condizione non siasi verificata ?*

460. *Avvi puranche rivocazione quantunque l' alienazione non avesse avuto luogo se non in virtù di una deliberazione del consiglio di famiglia, per pagare i debiti del testatore, nel caso in cui sia stato interdetto dopo il testamento.*

461. *La donazione dell' effetto legato, fatta a vantaggio del legatario, non opera rivocazione del legato quando non produce il suo effetto.*

462. *La esazione del valore di un credito legato dal testatore produce rivocazione del legato.*

463. Quid *allorchè un legato sia fatto sotto la condizione di pagare una somma ad un terzo, ed il testatore la paghi egli stesso ?*

464. *Caso di rivocazione per effetto del cangiamento di forma che il testatore ha fatto subire alla cosa legata.*

465. *Se il testatore impose semplicemente pesi alla cosa legata, il legatario non può dimandarla che nello stato in cui si trova a morte del disponente.*

466. *Silenzio del Codice sui fatti di lacerazione del testamento olografo o mistico fatta dal testatore, della cassatura delle clausole, ec.: questi fatti producono sempre rivocazione.*

§. II.

Della nullità e della caducità delle disposizioni testamentarie.

483. *Le disposizioni testamentarie possono non avere ancora il loro effetto per cause diverse dalla rivocazione.*

484. *Quindi i legati sono nulli per la nullità dell' atto testamentario.*

485. *Per la incapacità de' testatore.*

486. *Il legato è caduco colla premorienza del legatario, e spetta a coloro che domandano il rilascio in di lui nome, il provare che egli sopravvisse al testatore.*

487. *Il legato è caduco anche quando il legatario non viva più nel tempo dell' adempimento della condizione che vi era stata apposta.*

488. *Ed allorchè la condizione non si verifichi.*

489. *È similmente caduco allorchè il legatario si trovi incapace a raccoglierlo.*

490. *O lo ricusi.*

491. *Il legato può ancora rimaner senza effetto in tutto o in parte in conseguenza della riduzione per somministrare le riserve.*

492. *Infine è caduco colla perdita della cosa avvenuta in vita del testatore, o anche dopo la sua morte quando l' erede non è in colpa, nè in mora.*

493. *Diversi esempii.*

494. *Applicazione della regola che il legato si estingue colla perdita della cosa legata. Diversi casi.*

495. *In generale la caducità del legato, del pari che la sua rivocazione, giova a chi ne era gravato.*

§. III.

Del dritto di accrescere tra i legatarii ed i donatarii.

496. *Nel caso di sostituzione volgare, il legato è caduco sol quando manca del suo effetto, tanto riguardo al sostituito che riguardo al legatario.*

497. *Allorchè il legato è fatto a vantaggio di molti congiuntamente, ed un di essi non raccoglie, gli altri hanno l'intera cosa per dritto di accrescimento.*

498. *Il dritto di accrescere è fondato sulla presunzione di volontà del defunto.*

499. *La parte del legatario che raccolse non può più accrescersi a quella degli altri, quantunque il legatario fosse morto prima della divisione della cosa, ed anche prima di qualunque dimanda per rilascio.*

500. *Testo degli art. 1044 e 1045 c. c. su questa materia.*

501. *Condizioni richieste perchè vi sia luogo al dritto di accrescere in virtù del primo di questi articoli.*

502. *Che intendasi in questo articolo colle seguenti parole*: Quando non avrà assegnata la parte di ciascun collegatario nella cosa legata?

503. *Continuazione ed antica giurisprudenza sul dritto di accrescere tra i legatarii.*

504. *Nel caso in cui i legatarii fossero stati nominati collettivamente, il dritto di accrescere, se uno o più di essi venissero a mancare, avrebbe luogo senz' alcun dubbio.*

505. *Anche nel caso in cui sono stati nominati individualmente con menzione di parti, bisogna eziandio distinguere se questa menzione cada sulla disposizione stessa, o se cada semplicemente sulla divisione.*

506. *Esempio del primo caso.*

507. *Esempio del secondo.*

508. *L' art. 1045 c. c. presenta gravi dubbii, ravvicinandone la disposizione a quelle dell' antico dritto.*

509. *Continuazione.*

510. *La sua compilazione non è la più buona. Quest' articolo interpetrato da un giureconsulto in modo assai più uniforme alle regole; ma il testo si oppone a siffatta interpetrazione.*

511. *Caso in cui avvi al tempo stesso congiunzione e sostituzione volgare.*

512. *Se uno de' legatarii sia istituito puramente, e l'altro sotto condizione, ed il primo muoia dopo di aver raccolto, egli ha trasmesso il suo dritto col beneficio dell' accrescimento pel caso in cui mancasse la condizione imposta al collegatario.*

513. *Il dritto di accrescere ha luogo puranche in materia d'istituzione contrattuale fatta a vantaggio di due coniugi congiunta-*

mente, allorchè il premorto non lasci discendenti del matrimonio.

514. *Può aver luogo puranche in materia di donazione tra vivi, ma di rado.*

515. *Come si combina il dritto di accrescimento nel caso di molte disposizioni.*

516. *Come sono sopportati i pesi imposti a coloro la cui parte si è accresciuta a quella degli altri.*

517. *Teorica delle leggi romane su questo punto. Opinione di Ricard confutata.*

424. Giusta la definizione che la legge ci dà del testamento, il testatore può sempre rivocarlo (art. 895 c. c. = *815 ll. cc.*): *Voluntas hominis est ambulatoria usque ad estremum spiritum.* Il testamento è il prodotto di una sola volontà: questa medesima volontà può dunque distruggerlo.

425. Laonde può il testatore annullare le sue disposizioni non ostante qualunque dichiarazione o rinunzia in contrario, fatta sia nel medesimo atto, sia in un atto diverso. L'ordinanza del 1735 avea già sancito questi principii, abolendo espressamente, col suo art. 76, l'uso delle clausole dette ***derogatorie***, (a) come questa: « Ogni

(a) Nella camera di Grazia e Giustizia dell'abolito supremo Consiglio di Cancelleria, il consiglier Pasqualini credeva utile di doversi parlare delle clausole derogatorie *in forma ordinaria*, ed *in forma specifica*, secondo i principii già conosciuti nel foro.

Il consiglier Magliano osservò che gli stessi scrittori i quali ammettevano siffatte nozioni opinavano che la sola clausola derogatoria *in forma specifica* impedisse l'esecuzione di un secondo testamento, purchè in quest'ultimo non si fosse particolarmente parlato della clausola indicata nel primo con un segno specifico: Soggiunse però che il *Cujacio* ed il *Fabro* dimostrarono lungamente l'inutilità di siffatte clausole derogatorie, che i forensi avean

« testamento che io farò in appresso, e che non « comincerà (o non terminerà) colle seguenti parole: *in nome del Padre e del Figlio, ec.*, sarà « nullo e di nessun effetto, e non rivocherà i miei « anteriori testamenti. » I testatori cercavano in questa clausola un rifugio contra la seduzione e le insistenze de' parenti, facendo sembiante di cedere ai loro desiderii. Il testamento che era loro carpito, e nel quale non trovavasi compresa la clausola segreta del precedente, provava per sè stesso fino ad un certo punto che non era l'espressione di una volontà perfettamente libera. Ma da un'altra parte la mancanza nel secondo testamento delle espressioni comprese nel primo, poteva ben essere l'effetto di una dimenticanza; in guisa che queste clausole erano sembrate pericolose. Potevano in fatti alterare il dritto di rivocazione, e si credette di doverle rigettare espressamente.

« Le clausole derogatorie, diceva Ricard (1), « non hanno alcun effetto nel dritto; esse sono « assolutamente rigettate, e la tacita derogazione è « bastante per attestare il cangiamento di volontà « che appare col secondo testamento. Esse servo- « no, è vero, di protesta nel fatto contra la for- « za e le seduzioni; ma le quistioni sopra queste « clausole sono puramente di fatto e contengonsi nel-

ricevuto dalla *l.* 22. ff. *de leg.* 3.°, per cui generalmente si abolirono in Europa.

La detta camera di Grazia e Giustizia adottò l'opinione del consigliere Magliano. TRAD.

(1) *Delle donazioni*, part. 3, n.° 77 e seguenti.

« le loro circostanze, ed unicamente per far giu-
« dicare della suggestione allegata contra il testa-
« mento, o a favore de' figli o degli estranei. »

Nel tempo in cui scriveva Ricard, aveano già dato luogo a molti dubbiezze e litigi, e spesso esse medesime non erano che una precauzione presa dall' astuzia di coloro che avean suggerito il testamento in cui contenevansi.

426. Tratteremo in un primo paragrafo della rivocazione delle disposizioni testamentarie;

In un secondo, della loro nullità e caducità;

Ed in un terzo, del dritto di accrescere tra i collegatarii e donatarii.

§. I.

Della rivocazione delle disposizioni testamentarie.

427. Le disposizioni testamentarie possono essere rivocate espressamente o tacitamente.

Avvi espressa rivocazione quando il testatore dichiari il suo cangiamento di volontà in un nuovo testamento o in un atto formato innanzi notaio.

Avvi tacita rivocazione allorchè nuove disposizioni, senza rivocare espressamente le precedenti, si trovino nondimeno incompatibili con esse; o lor sieno contrarie; o pure quando risulti da taluni fatti, generalmente indicati dalla legge, che il testatore non perseverò nella sua volontà di conservare le sue prime disposizioni.

428. Quindi, secondo l'art. 1035 c. c. = *990 ll. cc.*, i testamenti non possono rivocarsi nè in tutto, « nè in parte, se non con un testamento posteriore o con un atto innanzi a notaio, nel quale « sia dichiarata la mutazione della volontà. »

E secondo l'art. 1036 c. c. = *991 ll. cc.*, « i « testamenti posteriori che non rivocheranno espressamente i precedenti, annulleranno soltanto quelle disposizioni ivi contenute che si trovassero incompatibili colle nuove, o che vi fossero contrarie. »

429. I commessarii incaricati della compilazione del progetto del Codice avean creduto di dover applicare alle disposizioni testamentarie indistintamente la regola che le cose debbono distruggersi nel modo con cui furono formate: *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est* (1). L'articolo del progetto diceva: « Le donazioni testamentarie non possono rivocarsi, in tutto o in parte, se non con « una dichiarazione del cangiamento di volontà « fatta in una delle forme nelle quali possono farsi le donazioni a causa di morte. »

Non erasi voluto nulladimeno con ciò applicare la precitata regola in tutto il suo rigore, e dichiarare in conseguenza che ciascun testamento non potrebbe essere rivocato se non con un testamento nella medesima forma; lo che sarebbe stato assur-

(1) L. 35, ff. *de reg. juris.*

do all'ultimo segno; poichè ne sarebbe risultato, che un testamento anche con atto pubblico non avrebbe potuto rivocare un testamento olografo; in guisa che se il testatore avesse perduto la facoltà di scrivere, si sarebbe trovato nella impossibilità di rivocare le sue disposizioni. Erasi voluto un testamento, è vero, ma un testamento qualunque.

430. Nell' adunanza del Consiglio di Stato del 27 ventoso anno XI, Tronchet osservò che una dichiarazione innanzi notari doveva bastare, e Treilhard fece osservare che « l' articolo del progetto « neanche richiede tante solennità, poichè per- « mette d' inserire la rivocazione in un testamen- « to olografo. » Cambacérès dice tuttavia che importava di prevenire la supposizione degli atti di rivocazione. L' articolo del resto fu adottato con l' emenda, o piuttosto coll' addizione proposta da Tronchet.

Il punto essenziale, rispetto alle quistioni che noi tratteremo, è di ben fissarsi sullo spirito nel quale quest' addizione fu adottata e siccome a tal riguardo alcuni comentatori del Codice che fecero l' istoria del suddetto art. 1035 c. c. dedussero conseguenze più o meno inesatte, è utile di esporre interamente ciocchè avvenne nella preparazione di questa importante disposizione, la cui interpetrazione diè luogo a tanti dubbii e liti.

Esaurita la discussione degli articoli di questa sezione del Codice, Berlier osservò che in nessuno

di tali articoli si trovava disposizione alcuna sopra un caso che sembrava nondimeno di dover essere preveduto: « Se un primo testamento, egli dice, « è rivocato da un atto posteriore, ma questo atto « sia nullo, che diverrà mai il primo testamento?

« Siffatta quistione, soggiunge l'oratore, era con-« trovertitissima nell' antico dritto: alcuni soste-« nevano che, sebbene il secondo testamento o l'at-« to rivocatorio fosse nullo, indicava nondimeno « un cangiamento di volontà, ed allora bisognava « considerare la successione come aperta *ab inte-« stato*. Altri fondandosi sulla massima che cioc-« chè è nullo non produce alcun effetto, sostene-« vano che il primo testamento sussistesse in tutta « la sua forza ».

Berlier dichiarò del resto ch'egli era pel primo parere, ma che, qualunque fosse l'opinione del Consiglio su questo punto, bisognava non lasciare indecisa siffatta quistione.

Tronchet disse allora che il secondo atto, quantunque nullo, mostra nondimeno da parte del testatore un cangiamento di volontà, il cui effetto è di annullare il testamento.

Il Consiglio di Stato adottò l'osservazione di Tronchet, e decise che fosse convertita in disposizione.

Dunque, ei puossi dire, nell' idea del Consiglio di Stato, la quistione non si trovava decisa dall'art. 935 c. c.=*859 ll. cc.*, anche coll' addizione proposta da principio da Tronchet. Or questa osservazio-

ne che doveva esser convertita in disposizione legislativa, non lo fu.

Nell' adunanza seguente (quella del 3 germile), Bigot-Préameneu presentò una nuova compilazione della legge, fatta, egli dice, *secondo le emende adottate nell' adunanze de' . . . . e 27 ventoso.* Giusta siffatta compilazione, l'art. 146 della legge, rappresentato dall'art. 935 c. c. = *859 ll. cc.*, era così conceputa: « I testamenti non potranno rivo-« carsi in tutto o in parte, che con un atto auten-« tico contenente dichiarazione del cangiamento di « volontà ».

Ma nelle confererenze che ebbero luogo col Tribunato, si cangiò questa incompleta compilazione, la quale neanche ammetteva la rivocazione mediante *testamento olografo*, e vi si sostituì alla fine quella che troviamo nel Codice, art. 1035 c. c. = *990 ll. cc.*: « I testamenti non possono rivocarsi nè in tut-« to nè in parte, se non con un *testamento po-« steriore*, o con atto innanzi a notaio, nel quale « sia dichiarata la mutazione della volontà ».

E se si surrogarono le parole *atto autentico*, messe nella compilazione di Bigot-Préameneu, con queste, *atto innanzi a notaio*, è perchè si volle prevenire ogni dubbio sul punto cioè se un atto ricevuto da pubblico ufiziale diverso da un notaio appagherebbe il voto della legge.

Da quanto precede si scorge che nulla fu deciso, *col testo del Codice*, sui seguenti punti:

1.° Se un atto scritto per intero, datato e sotto-

scritto di mano del testatore, ma non contenente alcuna disposizione di beni qualunque, possa mai rivocare un testamento, allorchè il testatore dichiarò espressamente la sua volontà a tal riguardo?

2.° E se un atto pubblico, nullo come testamento, valga almeno come atto di rivocazione?

Se, per risolverlo così, bisogna distinguere se questo atto contenga o pur no un'espressa rivocazione; se sia o pur no valido come atto notariale, ed in fine se la risoluzione debba esser differente secondo che venga o pur no istituita la medesima persona nell'ultimo atto?

431. Sulla prima quistione, gli autori che scrissero sul Codice civile son di diversa opinione. Alcuni sostengono che un atto scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore, possa oprar validamente rivocazione delle disposizioni anteriori; e la Corte di Parigi, colla sua decisione del 5 luglio 1815, contro alla quale in vano si ricorse per cassazione (1), giudicò in questo senso. Altri, al contrario, opinano che in tal caso non vi sia rivocazione.

Si sostenne in quest'ultima dottrina che, secondo l'art. 1035 c. c. = *990 ll. cc.*, i testamenti non possano rivocarsi in tutto o in parte se non con un testamento posteriore o con un atto innanzi a notaio, nel quale sia dichiarata la mutazione della volontà. Or perchè vi sia testamento non basta che

(1) *V.* l'arresto di rigetto del 17 maggio 1814; *Sirey*, 1815, 1, 17

un atto sia scritto per intero, datato e sottoscritto dalla medesima mano; ma bisogna ancora che contenga una disposizione di beni, poichè il testamento, giusta l'art. 895 c. c.=*815 ll. cc.*, è l'atto col quale il testatore *dispone*, pel tempo in cui avrà cessato di vivere, *di tutti o di parte de' suoi beni.* Dunque l'atto che non contiene alcuna disposizione, non è un testamento; ne ha soltanto la *forma* se sia scritto per intero, datato e sottoscritto dalla medesima mano, ma non ne ha la *natura*, e gli atti si stimano piuttosto per la loro natura, pel merito delle loro disposizioni, chè per forme le quali spesso sono anche quelle richieste per altri atti.

Ma si rispose che il testatore, pel solo motivo che rivoca le sue disposizioni, ne fa in qualche modo a vantaggio de' proprii eredi *ab intestato*; poichè con ciò fa loro ritornare i beni di cui aveva voluto sulle prime privarli: ***Is dat qui non adimit,*** dicono le leggi romane; ***his (succedentibus ab intestato) creditur pater familias sponte sua relinquere legitimam hereditatem***; l. 8, §. 1, ff. *de jure codicillorum.*

In fatti è questo il ragionamento su cui si fondò la Corte di Parigi, e poscia la Corte di cassazione, per dichiarar valido il testamento: « Attesochè, « disse la prima di queste due Corti, l'atto riu« niva tutte le forme richieste per un testamento « olografo; che la rivocazione di ogni legato ante« riore è *necessariamente una disposizione di* « *ultima volontà;* che l'art. 1035, disponendo che

« la rivocazione può farsi con un testamento, in-« tende soltanto che l'atto rivocatorio sia rivestito « delle forme del testamento, ec. ».

Domat (1) insegna similmente che « chi rivoca « un testamento senza farne altro, istituisce per e-« rede quello che deve succedergli *ab intestato*, « non con una istituzione espressa in termini, ma « tacita nell'espressione, ed espressa nella inten-« zione.

Voet (2), dopo di aver detto che non avvi cosa più naturale quanto quella che un testatore possa, nei moderni principii, rivocare il suo testamento nel medesimo modo in cui lo ha fatto, soggiunge: *Atque etiam testator hac ratione videatur quasi nuncupasse sibi heredes illos quibus ab intestato ex legis dispositione successio debetur*; *arg. leg.* 1, *§. penult.*, ff. *unde liberi.* Furgole (3) e molti altri ancora professano i medesimi principii.

Ma è chiaro nulladimeno che il loro ragionamento non è vero che *sub certo respectu tantum*, e non in modo assoluto; giacchè altrimenti bisognerebbe dire eziandio che chi non ha fatto alcun testamento ha nondimeno *disposto* a vantaggio de' suoi eredi. Quanto da ciò puossi dedurre è che la legge lor deferisce i beni secondo la sua presunta volontà, poichè poteva privarneli, e non lo fece.

---

(1) *Leggi civili*, part. 2, lib. 3, tit. 1, sez. 5, n.° 12, nota appresso.

(2) *Ad pandectas*, tit. *de injust. rupt. irrito fact. testam.*, n.° 1.

(3) *De' testamenti*, cap. 2, n.° 98.

Non in altro senso gli stessi romani giureconsulti intesero la cosa, e nè può esserlo diferentemente.

Quindi siccome non si potevano gravare di legati o di fedecommessi che coloro soltanto a cui vantaggio si era disposto, e da un'altra banda i fedecommessi venivano mirati favorevolmente, l'uso di lasciarne anche con semplice dichiarazione verbale, ed *etiam nutu*, s'introdusse insensibilmente: in guisa che, affinchè gli eredi *ab intestato* i quali se ne trovavano gravati non potessero ricusarsi ad eseguirli, sotto pretesto che essi non ripetevano i beni per effetto di una disposizione del defunto, ma dalla disposizione della legge medesima, i giureconsulti finsero il contrario, e dissero che questi eredi *ab intestato* ripetevano i beni dalla volontà medesima del loro autore; che costui ne aveva fatto a loro vantaggio la tacita disposizione. Ma tali finzioni non si estendevano oltre i casi e gli oggetti pei quali erano stati ammesse.

Tutto sta in sapere se, nello spirito del Codice, esse abbiano la medesima forza circa alla rivocazione de' testamenti per atto privato, scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore. Per noi ciò sembra chiaramente dimostrato.

In fatti ognuno dovrebbe convenire che una disposizione qualunque, anche quella del più lieve oggetto, di uno scudo per esempio, basterebbe perchè l'atto scritto altronde per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore, fosse un testamento olografo, poichè riunirebbe allora indubitatamente

le condizioni richieste, tanto sotto il rapporto del merito; quanto sotto quello della forma; giacchè vi sarebbe *disposizione*. Or è mai verisimile che il legislatore abbia inteso di far dipendere da una circostanza così minima, così indifferente, la validità della rivocazione? Non lo crediamo.

Si oppone ancora che una rivocazione in iscrittura privata può esser più facilmente carpita che una rivocazione per atto pubblico, e che il legislatore dovè prevederlo; ma rispondiamo che egli tuttavolta permise di testare in questa forma, lo che presenta pericoli almeno così gravi nel medesimo ordine d'idee; ed aggiungeremo che non costerebbe maggior pena a coloro che dimandassero la rivocazione, di far inserire nell'atto una disposizione qualunque. Quindi gl'indicati inconvenienti non sono reali, almeno non sono particolari alla rivocazione de' testamenti; essi si rinvengono eziandio nella facoltà accordata a ciascuno di far testamento nella forma olografa.

In fine circa al motivo che l'art. 1035 c. c. = *990 ll. cc.* parla di un *atto innanzi a notaio nel quale sia dichiarata la mutazione della volontà*, non devesene conchiudere, *a contrario*, che non si volle ammettere, come rivocazione de' testamenti, un atto privato scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore: si è veduto che il motivo di siffatta aggiunzione al progetto della legge fu di estendere e non di restringere i modi di rivocazione. Bisognava altronde che coloro i quali

non sapessero scrivere potessero nondimeno rivocare il loro testamento, senza essere obbligati per ciò a fare nuove disposizioni. Questo soprattutto era necessario se, come il dimostrammo precedentemente, i notari non debbono espropriarsi delle minute de' testamenti da essi ricevuti. Finalmente non eravi alcun ragionevole motivo di non avere alcun riguardo alla volontà positivamente espressa dal testatore in un atto simile a quello col quale aveva disposto, mentrechè si riconosceva tale volontà in semplici fatti, per esempio, nell'alienazione, abbenchè nulla, della cosa legata.

432. Il secondo punto, cioè quello se un atto pubblico come testamento, valga almeno come atto di rivocazione de' testamenti anteriori, presenta dubbii assai più gravi. Sono necessarie talune generali nozioni de' principii del romano dritto e della nostra antica giurisprudenza a fin di risolverli, o almeno a fin di prevenire parecchie obbiezioni e rimuovere varii argomenti che spesso si sono allegati con maggiore erudizione che giudizio nella discussione di siffatte delicate quistioni.

Nel dritto romano, il testamento nullo, *non jure perfectum*, non rivocava un testamento anteriore (1); mentrechè quello il quale, validamente fatto, rimaneva nondimeno senza esecuzione per la morte dell'istituito, o pel suo rifiuto di raccogliere l'eredità, o per l'inadempimento della

(1) §. 7, Instit. *quib. modis testam. infirm.*

condizione sotto la quale era stato istituito, rivocava appieno qualunque testamento anteriore (1),

La ragione di simile differenza era che nel primo caso il testatore non aveva fatto alcuna cosa utile, perchè un testamento imperfetto non è testamento; invece che nel secondo, aveva proceduto validamente, e se il suo secondo atto non riceveva esecuzione, ciò non era per sua colpa (2). Nei due casi alcerto aveva avuto la intenzione di rivocare il primo testamento, ed in nessuno aveva avuto volontà di morire *ab intestato*; ma nell' uno aveva fatto tuttociò che la legge gl' imponeva per rivocare, mentrechè nell' altro nulla aveva fatto di utile a tal effetto.

I testamenti, come altrove il dicemmo, in origine si facevano secondo la forma delle leggi, *calatis comitiis*: allora dunque si riguardavano come una specie di legge; e l' uso di così considerarli si perpetuò. Or siccome una legge non può rivocarsi che con un' altra, così un testamento non poteva rivocarsi che con un altro regolarmente fatto, *jure perfectum*.

(1) §. 2, *ibid.*

(2) Devesi dunque rigettare l' interpetrazione che si dà talune volte e che consiste in dire che il favore di cui godevano i testamenti in Roma aveva fatto ammettere che il primo testamento non era rivocato da un secondo nullo nella forma; imperocchè nell' ipotesi di un secondo testamento valido, ma non messo ad esecuzione per la premorienza dell' erede che vi era istituito, o pel suo rifiuto di raccogliere, o per l' inadempimento della condizione impostagli, questa ragione avrebbe avuto la medesima forza, e nondimeno il primo testamento era rivocato, ed il testatore moriva *ab intestato*.

433. Tal era il dritto riguardo alle istituzioni di erede, le quali erano essenziali ai testamenti, ma circa ai legati ed ai fedecommessi, anche inseriti nei testamenti, seguivansi altre regole. Un testamento o un codicillo posteriore, abbenchè nullo nella forma, li rivocava bastantemente, se non di pieno dritto, almeno somministrando all'erede che ne era gravato, una eccezione contra i legatarii o i fedecommessarii per difendersi sulla loro dimanda. Tale distinzione ci farà fare puranche un passo verso la soluzione del dubbio; allontanerà almeno in parte le false induzioni che tanto spesso si dedussero dalle leggi romane nelle numerose controversie insorte su questa difficile quistione.

Così, il giureconsulto Paolo, nella legge 36, §. 3, ff. *de testamento militis*, suppone che un veterano il quale aveva fatto testamento secondo le regole del dritto comune nel tempo ch'era al servizio, volle rivocarlo con un altro, a fin di morire *intestatus*, e quest' ultimo testamento erasi trovato nullo: Paolo dice che le istituzioni di erede fatte nel primo (del pari che le sostituzioni) rimangon valide: *hæredum institutiones in eodem statu manisse placuit*; ma che i legati sono tacitamente rivocati: *legata vero petentes exceptione doli mali secundum jus commune summoveri*; *cujus exceptionis vires ex persona petentis æstimantur.* In fatti siccome la rivocazione de' legati risultava dalla sola volontà del defunto, bisognava stimarla in ragione delle circostanze par-

ticolari riguardanti i legatarii. Ma queste espressioni *secundum jus commune* attestano chiaramente che, per regola generale, i legati erano rivocati da un testamento posteriore, quantunque nullo. Se ne rinviene la ragione formalmente espressa nella legge 3, §. 11, ff. *de adimend. vel trasf. legat.*: egli è perchè, dice questa legge, *legata et fideicommissa adimi possunt* ET QUIDEM NUDA VOLUNTATE.

434. Siffatta teorica veniva seguita nei nostri paesi di dritto scritto: le istituzioni di erede non erano generalmente rivocate da un testamento posteriore se non quando questo testamento era valido; mentrechè i legati, anche quelli inseriti in testamenti, erano efficacemente rivocati con un atto posteriore, quantunque nullo.

435. Ma nei paesi di dritto consuetudinario, in cui non richiedevasi l'istituzione di erede per la validità del testamento, ed in cui non vi erano, propriamente parlando, che codicilli e legati, potevasi dir più volentieri che un testamento posteriore, quantunque nullo, avesse nondimeno forza di rivocarne un precedente. Pothier (1) lo risolvea positivamente, almeno nel caso in cui il secondo atto contenesse una clausola di rivocazione: « Abbenchè, egli di« ce, un testamento, che contiene una clausola di « rivocazione del primo, sia nullo nella forma, il « primo non lascia di esser rivocato . . . ; impe-

(1) *Trattato delle donazioni testamentarie*, cap. 6, sez. 2, §. 1

« rocchè potendo farsi la rivocazione de' testamenti « *nuda voluntate*, il secondo testamento, sebbene « nullo, dev' esser valido per la clausola di rivo- « cazione, la quale non è soggetta alle formalità « testamentarie ».

Lacombe (1) cita una decisione del parlamento di Parigi, del 29 dicembre 1687, la quale aveva preparato la dottrina di Pothier, giudicando che un testamento anteriore avea potuto rivocarsi con un codicillo nullo nella forma; e la quistione elevata in occasione di un testamento antico fu giudicata nel medesimo senso dalla Corte di Douai, e poscia dalla Corte di cassazione, la quale rigettò il ricorso prodotto contro la decisione, nel 14 fiorile anno XI (2)

Tronchet attenendosi eziandio alle dottrine de' paesi di dritto consuetudinario su tal punto, imbevuto di questi principii, diceva nel Consiglio di Stato, al tempo della discussione sull'art. 935 c. c. = *859 ll. cc.*, che « l' attestato del cangiamento di volontà « risultava ancora da un atto autentico, abbenchè « fosse nullo come testamento »; e se di tale osservazione se ne fosse formata una disposizione legislativa, come se ne ebbe il disegno, si sarebbe prevenuto un gravissimo dubbio nel Codice (3).

Mentrechè Jaubert, il quale aveva insegnato il dritto romano in Bordò, attenendosi alla teorica

(1) Alla parola *testamento*, sez. 5, dist. 2, n.° 3.

(2) *Sirey*, 3, 2, 544.

(3) Malleville nella sua *Analisi ragionata del Codice civile*, nel-

delle romane leggi riguardante la rivocazione delle istituzioni di erede, diceva innanzi al Tribunato «che « un testamento nullo come testamento, non ne « rivocava un precedente (1) ».

Merlin sostiene le medesime dottrine, e Toullier, Delvincourt e Grenier le dottrine contrarie, ma tuttavia con talune differenze.

La quistione, a creder nostro, deve decidersi mediante alcune distinzioni che sorgono dalla natura medesima delle cose.

456. Primieramente, se il secondo testamento nullo come tale, non rivoca in espresso modo il precedente; se la rivocazione, supponendo valido l'atto, non fosse stata che il risultato della incompatibilità delle due disposizioni, non avvi rivocazione della prima subitochè la seconda è nulla. Per esempio, con un primo atto io aveva legato il mio giardino a Paolo, e con un secondo testamento, nullo nella forma, ho legato il medesimo giardino a Pietro: in questo caso, in cui le due disposizioni sarebbero evidentemente incompatibili se ambedue fossero valide, non avvi rivocazione, perchè non potrebbe risultare che da siffatta incombatibilità, la quale non esiste effettivamente subitochè la seconda

---

l'art. 1035 c. c. = *990 ll. cc.*, si attenne all'opinione di Tronchet, e la corte di Brusselles colla sua decisione del 22 luglio 1807, riferita nel *Repertorio* di Merlin, v.e *rivocazione di codicillo*, seguì l'opinione di Malleville.

(1) E la Corte di Torino, ligia puranche alle medesime regole, seguì l'opinione di Jaubert, colla sua decisione del 4 aprile 1807 riferita nel medesimo luogo.

disposizione è nulla. Ed importerebbe poco che il secondo atto, nullo come testamento, riunisse o pur no tutte le forme degli atti autentici; imperocchè non contenendo, come il supponiamo, alcuna dichiarazione del cangiamento di volontà, non è chiamato atto di rivocazione dall' art. 1035 c. c. = *990 ll. cc.*

Se mai si dicesse che il primo legato sarebbe utilmente rivocato nel caso in cui il secondo fosse stato privo del suo effetto sol per la incapacità del legatario o pel suo rifiuto di raccogliere (art. 1037 c. c. = *992 ll. cc.*), e che nondimeno il testatore sarebbe ugualmente presunto di non aver voluto togliere l'oggetto all' uno se non per darlo all' altro, risponderemmo che almeno in quest' ultimo caso fece un atto di disposizione valido; mentrechè nella ipotesi proposta, egli fece un atto nullo: or un nuovo atto di disposizione del medesimo oggetto a vantaggio di altra persona produce, nei termini della legge, rivocazione della precedente, qualunque sia la sorte di questa nuova disposizione, perchè in fatti è possibilissimo che il testatore abbia avuto non solo la volontà di preferire l' ultimo legatario al primo, ma ancora di privare assolutamente questi della cosa, in qualunque evento; ed il dubbio fu interpetrato, come doveva esserlo, a pro de' debitori del legato, che sono i convenuti. Al contrario nella prima ipotesi, essendo nullo l' atto, ed essendolo pel medesimo motivo la disposizione che vi è contenuta, non ab-

dalla legge del 25 ventoso anno XI per gli atti notariali, allora gli animi son discordi.

Per esempio, uno de' quattro testimoni chiamati nell' atto testamentario ricevuto da un notaio non era capace, o non fu fatta la menzione della lettura al testatore *in presenza de' testimoni*, ec.; tutte le quali cose rendono nullo un testamento, ma non impedirebbero che l' atto fosse valido come atto pubblico ordinario.

Alcuni pretendono che questo atto, quantunque contenente una espressa rivocazione, non rivochi in valido modo le precedenti disposizioni. Essi si fondano sul motivo che il testatore volle fare un testamento piuttosto che un semplice atto di rivocazione; che il suo atto non deve produrre se non gli effetti che intese annettervi; che non devesi dividerlo; che la rivocazione era condizionale, cioè per quanto la disposizione secondaria potesse produrre i suoi effetti a vantaggio di chi ne era l'oggetto; che il defunto non ebbe l' intenzione di rivocare puramente e semplicemente le sue prime disposizioni, ma sibbene di rivocarle unicamente a favore del secondo legatario, e che non essendosi verificato questo avvenimento, si considera di aver voluto lasciare le cose nel loro primo stato; che in vero si spiegò positivamente sulla sua intenzione di rivocare, ma in questo senso e con questo effetto necessariamente sottinteso.

In sostegno di siffatta dottrina, essi citano la legge 18, ff. *de legatis* 3.°, ove il giureconsulto Pom-

ponio suppone che con un primo testamento io abbia fatto un fedecommesso ad una data persona; che abbia fatto di poi un altro testamento, ma non valido, lasciando con questo *alla medesima persona* un'altra cosa (1): e siccome i fedecommessi (ed anche i legati) potevano rivocarsi tacitamente, *quia nuda voluntate fideicommissa infirmarentur*, Pomponio interroga sè stesso se fu mia volontà di rivocar quello da me fatto col primo atto, e risponde che è difficile di risolverlo così: *sed vix id obtinere potest,* attesochè la mia volontà non fu forse di rivocare il fedecommesso del primo testamento se non nel caso in cui il secondo fosse valido: *fortassis ideo quod ita demum a priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit.*

Era dunque questa una interpetrazione di volontà; ma siffatta interpetrazione d'intenzione, ragionevolissima nel caso di cui si tratta, ove nei due testamenti era gratificata la medesima persona, non è più fondata sulle medesime presunzioni quando le due disposizioni sien fatte a vantaggio di differenti persone, ed a torto per conseguenza si argomentò da questa legge per sostenere *indistintamente*, che il secondo testamento, sebbene contenente espressa rivocazione, e sebbene valido come atto autentico ordinario, non rivoca tuttavia le anteriori disposizioni se sia nullo come testamento. Altronde siccome potevasi *lasciare* del pari che rivocare

(1) O eziandio che non gli avessi lasciato cosa alcuna, suppone puranche il giureconsulto.

fedecommessi *etiam nutu*, il giureconsulto potè egli naturalmente credere che fosse volontà del testatore di gratificare la medesima persona, anche rivocando il suo testamento, ed in conseguenza dice che il fedecommesso debba ricevere la sua esecuzione.

Rispetto al ragionamento che avendo voluto il testatore far un testamento e non un semplice atto di rivocazione, questo atto non deve produrre alcun effetto subitochè è nullo per l' oggetto cui era destinato, vi si risponde facilmente con un gran numero di esempii di casi in cui un atto nullo sotto un rapporto e per un oggetto, può nondimeno valere sotto altro rapporto e per altro oggetto.

Quindi in primo luogo, ed a tenore di ciocchè fu dimostrato precedentemente, un testamento nullo come testamento mistico, per un vizio di forma nell' atto di soprascrizione, o per la incapacità di un testimone, è tuttavolta valido come testamento olografo, se sia scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore. Tal' è la comune opinione, confermata puranche dalla giurisprudenza e da quel assioma di dritto e di ragione perfettamente applicabile alla quistione, *utile per inutile non vitiatur.* Avvi qui eziandio ciò di particolare, che facendo un testamento mistico, io non potetti avere che uno scopo, che un oggetto, quello di fare un testamento; mentrechè nel caso di cui si tratta potetti averne uno diverso da quello di disporre a vantaggio della persona gratificata nel testamento nullo; potetti voler pu-

ranche, e ciò eziandio è probabilissimo, privar quella da me gratificata col primo atto del beneficio della disposizione. È dunque questa una ragione di più da far produrre all' atto gli effetti che può produrre come rivocazione, quantunque non ne possa produrre come testamento.

Papiniano nella legge 1.ª, ff. *quib. mod. pignus vel hypoteca solvitur*, suppone che un venditore, al quale sia ancor dovuta parte del prezzo della vendita, e per sicurezza della quale aveva ricevuto un pegno dal compratore, abbia fatto a costui, *donationis causa*, rimessione del debito; che la donazione, come contraria alle leggi, sia stata dichiarata nulla, e che il fisco sia succeduto al donante: il giureconsulto dice che la rimessione è nulla come liberalità vietata, ed in conseguenza il compratore deve pagare al fisco questa parte del prezzo; ma dice dall' altra banda che il dritto di pegno si è validamente estinto, perchè il divieto della legge non si applicava se non alla donazione, o alla rimessione del prezzo a questo titolo, e non alla rimessione del pegno. Ed è anche da osservarsi che questa ultima rimessione non era tuttavolta espressa, ma era soltanto la conseguenza della rimessione del debito. Adunque un atto, quantunque nullo per un oggetto, può nondimeno produrre effetti sotto altro rapporto.

Forse non iscorgiamo puranche negli art. 68 della legge del 25 ventoso anno XI, e 1318 c. c. = 1272 *ll. cc.*, che un atto il quale si volle far dalle

parti in forma autentica, ed il quale sia nullo per vizio di forma, o per causa d' incapacità o d' incompetenza dell' ufiziale pubblico, vale nondimeno come scrittura privata se sia sottoscritto da tutte le parti (1)? Or l' atto nullo come testamento, ma valido come atto innanzi notaio, e contenente rivocazione delle precedenti disposizioni, riunisce tuttociò che richiede l'art. 1035 c. c. = *990 ll. cc.* per produrre siffatta rivocazione. Certamente neanche si annullerebbe un contratto di matrimonio nel quale la moglie, contra la disposizione dell' art. 2140 c. c. = *2034 ll. cc.*, avesse rinunziato a qualunque ipoteca legale sui beni del suo futuro sposo: questa clausola soltanto sarebbe riputata non iscritta.

Finalmente questa dottrina fu insegnata dai nostri più esatti autori. Così, secondo Domat (2) « quando si tratta della validità di un atto dove « son comprese due cose che han qualche legame « tra loro, se una delle due non possa sussiste- « re, l' atto non lascia di valere per quella che « può sussistere senza dell' altra. » Or la rivocazione e le disposizioni di beni contenute nel testamento nullo come tale, han certamente talun legame tra loro; la prima probabilmente fu fatta puranche solo in considerazione delle nuove disposizioni;

(1) Se tuttavia possa valere come scrittura privata secondo la natura dell' atto.

(2) *Leggi civili*, part. 2, lib. 3, sez. 5, nota in prosieguo del n.° 19.

quindi veruna solida ragione può opporsi perchè essa produca il suo effetto, quantunque queste disposizioni sieno nulle, se altronde la detta rivocazione riunisca ciocchè esige la legge, un atto innanzi notaio contenente dichiarazione del cangiamento di volontà.

Del resto confesseremo che la quistione è ancora vivamente controvertita, e la giurisprudenza medesima non è puranche bene stabilita (1). Tal' è tuttavia la nostra opinione.

439. Ma quantevolte il secondo atto, nullo come testamento, contenga a vantaggio della medesima persona le stesse disposizioni o disposizioni differenti, allora le prime non sono rivocate da questo atto, almeno non lo sono nella misura di quel che racchiudono le ultime, quando anche questo nuovo atto contenesse clausola espressa di rivocazione. Imperocchè allora è vero il dire che il testatore non intese di annullare il suo beneficio; la pruova che no'l volle è che continuò a donare alla medesima persona. Se volle rivocare, no'l volle che per lo eccedente delle prime disposizioni sulle ultime, e questo eccedente in fatto, se ve ne sia, rimane rivocato. Ma nella proporzione delle ultime disposizioni, le prime debbono avere il loro effet-

(1) *V.* in *Sirey*, tomo 3, 2, 544; tomo 7, 2, 644; tomo 9, 2, 301; tomo 11, 2, 57; tomo 12, 1, 33 (Corte di cassazione, sezione civile); tomo 13, 2, 342; e tomo 22, 1, 11, arresti i quali giudicarono che il secondo testamento non rivoca; tomo 7, 2, 673, che rivoca; e tomo 10, 1, 126, *che può rivocare, secondo l' intenzione.*

to, attesochè la rivocazione, in questo caso, era veramente condizionale; era subordinata, nell' idea del testatore, all' esecuzione del suo secondo testamento. Sarà sempre contrario alla ragione il pretendere che chi dona ancora intende nondimeno di non più donare, quantunque avesse lasciato (puossi supporre) di più alla medesima persona col secondo testamento che col primo. E non basta il dire in simil caso con Pomponio, nella legge 18 ff. *de legatis* 3.° di sopra citata, *sed vix id obtinere potest*; bisogna dire arditamente al contrario: no, non volle rivocare, se lo fece colle espressioni, volle farlo condizionatamente negli effetti: *ideo quod ita demum a priore testamento velit recedi, si posterius valiturum sit.* L' atto non induce dunque per sè stesso *cangiamento di volontà*, nella misura della disposizione che contiene, confrontata colla prima. Che importa mai che sia atto rogato da notai, e regolare in tutti i punti circa alla forma per valere come atto di rivocazione? Ciò non basta, non doveva almeno bastare nello spirito della legge; essa dovè volere puranche, sotto pena della più grave inconseguenza e di positiva contraddizione colla propria teorica, che fosse conceputo nel disegno di operare una effettiva rivocazione della precedente disposizione. Il testatore in fatti non potè forse avere gravi motivi per dichiarare espressamente che rivocava i suoi anteriori testamenti? Ciò si comprende se questi testamenti contenessero legati a vantaggio di persone che non più voleva gratificare.

Non puossi dunque conchiudere cosa alcuna contra quella che ha eziandio gratificata coll' ultimo atto. E fa duopo risolverlo così, ancorchè avesse fatto, come il suppone il giureconsulto romano, la seconda disposizione di una cosa diversa da quella che contenea la prima, *vel aliud quam quod priore testamento relictum*: soltanto se questa seconda cosa valesse di più, gli eredi potrebbero liberarsi consegnando la prima.

Questi principii, dichiarati dalla maggior parte degl' interpetri del Codice, come Grenier, Delvincourt e Toullier, furono già parecchie volte applicati dai tribunali. Così la Corte d' Angers, colla sua decisione del 24 maggio 1822 (1), giudicò che un testamento posteriore ed autentico, nullo come testamento, ma valido come atto notariale, non tavea rivocate le disposizioni fatte in un precedente estamento a favore della medesima persona che era istituita nel secondo atto; ed eravi nondimeno di particolare, che vi si trovava detto che « il testatore « ha dichiarato di rivocare qualunque anteriore testa« mento, *volendo che questo sia il solo esegui« to, nella sua forma e tenore* ». Ma si scorse in questa clausola la volontà soltanto di rivocare tutte le disposizioni le quali non si trovavano rinnovate a vantaggio delle medesime persone.

La Corte di Nimes giudicò nel medesimo modo (2). Nella specie Francesco Gravil nel 19 ter-

(1) *Sirey*, 25, 2, 14.

(2) Decisione del 7 dicembre 1821; *Sirey*, 22, 2, 324.

midoro anno VIII aveva fatto un testamento col quale legava a Giovan Francesco Gravil, suo pronipote, la sua quota disponibile: egli aveva fatto puranche taluni legati particolari. Nel 24 nebbioso anno XIII, per conseguenza vigente il Codice civile, fece un secondo testamento con atto pubblico, e v' istituì Giuseppe Gravil, suo nipote, padre del primo legatario, suo erede universale, ma con peso di conservare e restituire i beni a costui: la sostituzione era evidentemente nulla. Dichiarava del resto che intendeva di rivocare qualunque precedente disposizione.

Gli altri eredi produssero ed impugnarono il secondo testamento: essi lo invocarono come rivocante il primo, e lo impugnarono come contenente una sostituzione vietata; ciocchè no'l rendeva sicuramente nullo come testamento, abbenchè la disposizione gravata di sostituzione fosse nulla. Ma considerando la Corte di Nimes che la disposizione fatta nel primo testamento a favore di Giovan Francesco Gravil era stata rivocata unicamente per riguardo a quella che doveva fargli pervenire i beni in linea di sostituzione, dichiarò valida questa prima disposizione malgrado le potenti ragioni di dubitare, le quali sarebbe inutile di esaminare, attesochè è desso un caso particolare che probabilmente non si presenterà più.

Finalmente la Corte di Douai, con decisione del 26 febbraio 1809, e quindi quella di cassazione,

che rigettò il ricorso (1), giudicarono similmente che la rivocazione dipende in essenzial modo dalla volontà che ebbe il testatore; in conseguenza conservarono come valide le disposizioni fatte in un primo testamento a favore della medesima persona, e nei limiti lasciatile dal secondo atto. In tal modo seguirono l'opinione di Pomponio nella legge 18, ff. *de legatis* 3.° innanzi citata (2).

440. Riassumendo questi punti delicati, diciamo:

1.° Un atto scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore, e contenente rivocazione delle sue precedenti disposizioni, le rivoca utilmente, abbenchè non ne contenga esso medesimo espressamente alcuna;

2.° Un atto pubblico, nullo come testamento, contenente disposizioni le quali fossero incompatibili con altre precedenti, ma contenente espressa rivocazione di queste, non le rivoca, quantunque altronde fosse valido come atto autentico;

3.° Un secondo atto, nullo come testamento e nullo come atto pubblico, non rivoca le altre precedenti disposizioni, sebbene contenesse una clausola di espressa rivocazione.

(1) Nel 23 gennaio 1810; *Sirey*, 1810, 2, 126.

(2) *V.* puranche nella medesima raccolta, tomo VI, part. 2, pag. 205; tomo VIII, part. 2, pag. 234; e tomo IX, part. 2, pag. 105 e 301, diverse decisioni che giudicarono ugualmente che quando i due testamenti sien fatti a vantaggio della medesima persona, il secondo, nullo come testamento, non rivoca le disposizioni fatte a vantaggio di questa persona, sebbene l'atto potesse valere come atto autentico e contenesse una clausola di espressa rivocazione.

Ma avvi qualche decisione in contrario.

Ma 4.° se sia valido come atto autentico, e non disponga a vantaggio della medesima persona, rivoca il precedente se contiene espressa rivocazione.

5.° Se disponga a vantaggio della medesima persona, non rivoca le prime disposizioni nella proporzione delle ultime, quando anche contenesse la clausola rivocatoria; ma l' eccedente che queste contenessero sarebbe senza effetto, come lasciato con un testamento nullo.

441. Si domandò puranche se mai si potesse far rivivere un testamento rivocato da un posteriore, facendone un altro il quale rivochi semplicemente quest' ultimo. La quistione si presentò alla Corte di Grenoble, la quale la giudicò affermativamente con sua decisione del 14 giugno 1810 (1).

Nella specie un testatore aveva fatto successivamente quattro testamenti. Il primo era nella forma mistica, e depositato presso un notaio: il testatore lo rivocò con un testamento olografo, col quale disponeva a vantaggio di sua nipote di una somma di dieci mila franchi. In prosieguo egli fece un terzo testamento nella medesima forma, col quale rivocò il primo ed il secondo testamento, e donava a questa medesima nipote la somma di dodici mila franchi. In fine col suo quarto testamento, fatto con atto pubblico, rivocava il primo ed il terzo, senza parlare del secondo, e non donava più a sua nipote che una somma di seimila franchi,

(1) *Sirey*, 1811, 2, 20.

pagabili dopo la morte di sua moglie; da lui istituita sua erede.

A morte del testatore, sua nipote dimandò il pagamento del legato di dieci mila franchi contenuto nel secondo testamento, senza pregiudizio del legato di seimila contenuto nel quarto. La vedova pretendeva da sua parte che questo secondo testamento essendo stato rivocato dal terzo, non avesse potuto rivivere, ed in conseguenza che ella dovesse soltanto il legato di sei mila franchi, contenuto nel quarto ed ultimo testamento, e solo dopo la sua morte.

Ma la corte di Grenoble credette che la rivocazione (a) la quale cadeva sul primo e sul terzo testamento non cadesse sul secondo, perchè questo non si trovava rivocato se non col terzo, il quale lo era anch'esso dall' ultimo, ed in conseguenza non aveva più per effetto di rivocare il secondo. Ordinò dunque il pagamento del legato di dieci mila franchi attualmente, e dichiarò valido il legato di sei mila franchi pagabile all' epoca stabilita dal testatore; ed abbenchè le diverse circostanze della causa, ch' è inutile di riferire, abbiano potuto avere influenza sulla sua determinazione, nondimeno giudicò *in dritto*: essa lo potè, a creder nostro, giacchè i testamenti non hanno effetto che a morte del testa-

(a) Un testamento nullo per mancanza di forme, non rivoca il testamento anteriore, quantunque contenghi la clausola derogatoria, meno se siasi spiegato *che non valendo come testamento valga come atto rivocatorio del primo testamento: decis. della nostra suprema Corte di giustizia dei 18 gennaio 1823, e dei 16 agosto 1828 nella causa tra* Squillaciotti, e Squillaciotti, *e nella causa tra* Mauro e Parisio. Trad.

tore: per cui quelli che rivocano, e che sono stati essi stessi rivocati, non son più nulla. Non è vero il dire per regola che un testamento rivocato sia un atto annullato, come lo sarebbe un testamento nullo: al contrario, le leggi romane facevano a tal riguardo una distinzione che ragion vuole di conservare nel nostro dritto.

Quindi, giusta la legge 12, *princip.* ff. *de injusto, rupto testamento*, se un testamento fosse stato *rotto* dalla nascita di un figlio al testatore, benchè fosse vero il dire, secondo il rigore del dritto, che questo testamento era stato annullato, nondimeno se il figlio era morto in vita di suo padre, il Pretore, sotto il nome di *possesso de' beni* SECUNDUM TABULAS, dava la successione a coloro i quali erano stati istituiti in questo testamento, e faceva in tal modo rivivere un atto il quale nondimeno era stato rotto, *ruptum*, per servirci del linguaggio de' giureconsulti romani.

Così ancora, secondo la legge 11, §. 2, ff. *de bonorum possess. secund. tabulas*, se un cittadino, dopo di aver fatto il suo testamento, erasi fatto arrogare, il testamento veniva ugualmente *rotto* con questo solo fatto (1), perchè il testatore, divenuto così figlio di famiglia, non aveva più la capacità di far testamento. Ma se moriva dopo di esser divenuto di nuovo *sui juris*, ed avesse manifestato la volontà che il suo testamento ricevesse esecuzione, sia con un codicillo, sia anche con un semplice

(1) §. 1, Instit. *quib. modis testam. infirm.*

scritto, con una semplice lettera, il Pretore accordava similmente il *possesso de' beni* a coloro i quali erano stati istituiti in questo testamento.

Non si opponga, dice Papiniano, autore di questa legge, che sia fare un testamento *nuda voluntate*, il farne rivivere in tal modo uno che era divenuto caduco; imperocchè nel fatto non si tratta della validità del testamento in sè stesso: *non enim de jure testamenti maxime quæritur*; ma sibbene della forza dell' eccezione risultante dalla detta caducità, la quale eccezione si stima secondo la volontà del defunto. Or quando un testatore si limita a rivocare un secondo testamento col quale ne avea rivocato un primo, è perchè volle soltanto rivocare la rivocazione, almeno le circostanze della causa possono determinare i tribunali a decidere così.

Per la medesima ragione avvi bastante rivocazione di un atto rivocatorio se, dopo di aver rivocato un primo testamento con un secondo, il testatore dichiari in un atto innanzi notaio di rivocar questo secondo testamento per far rivivere il primo: neanche è di rigore il trascrivere nell' atto rivocatorio le disposizioni del primo, soprattutto se questo atto abbia esso pure le forme di testamento (1).

442. Abbiam detto che i testamenti posteriori i quali non rivocano in positivo modo i precedenti, non annullano in questi se non quelle disposizioni in essi contenute le quali si trovano incompatibili colle

(1) *V.* in questo senso un arresto della Corte di cassazione, del 4 dicembre 1811; *Sirey*, 12, 1, 129.

nuove, o che vi sono contrarie; art. 1056 c. c.=*991 ll. cc.* Allora avvi trasferimento del legato ad un'altra persona.

443. Quando sia detto in un primo testamento: *Lego il mio giardino a Paolo*, e con un secondo atto si dica: *Lego il medesimo giardino a Pietro*, avvi al tempo stesso rivocazione del legato fatto a Paolo, sebbene il testatore non l'abbia detto in espresso modo, e trasferimento di questo legato a vantaggio di Pietro.

È indifferente nel nostro dritto (1), che col secondo testamento il testatore abbia o pur no menzionata la disposizione che aveva fatta da principio a vantaggio di Paolo; che abbia detto: « *Lego a Pietro il giardino che io aveva legato a Paolo* », o semplicemente: « *Lego il mio giardino a Pietro* ». L'effetto sarà lo stesso in ambedue i casi: in entrambi vi sarà rivocazione. Mentrechè se i due legati fossero fatti col medesimo atto, vi sarà *congiunzione*, quella preveduta dall'art. 1045 c. c. = *1000 ll. cc.*, menochè facendo il secondo le-

(1) Diciamo *nel nostro dritto*, perchè nel dritto romano, se il testatore non avesse ripetuto nella seconda disposizione il nome del primo legatario, sarebbe stato piuttosto un caso di *congiunzione* anzichè un caso di rivocazione, quantunque la seconda disposizione fosse stata fatta in un codicillo posteriore al testamento che conteneva il primo legato. Ma l'art. 1045 c. c. = *1000 ll. cc.* non permetterebbe di scorgere un caso di *congiunzione* nella specie, poichè avvi accrescimento nei casi di congiunzione, e questo articolo fa chiaramente intendere che, per poter competere un tal dritto, è d'uopo che le due disposizioni sieno state fatte *col medesimo atto*.

gato, il testatore non avesse manifestato l' intenzione di rivocare il primo. Ma ci spiegheremo in appresso su tal punto, che non manca presentemente di dubbii.

444. E se il testatore non avesse chiamato il secondo legatario che in mancanza del primo, vi sarebbe stata sostituzione volgare, a' termini dell'art. 898 c. c. = *936 ll. cc.*; ma nella specie ciò non è avvenuto.

445. Per effetto de' medesimi principii, se, dopo di aver legato l' universalità de' miei beni a Paolo, lego di poi con un secondo testamento tutti i miei beni a Pietro, avvi rivocazione del legato fatto a Paolo, per effetto dell' incompatibilità delle due disposizioni. In verità la legge riconosce che puossi legare con effetto a molte persone l' universalità de' beni (art. 1003 c. c.=*929 ll. cc*), ma suppone che lo sia con un solo e medesimo legato (*ibid.*) o almeno con un solo e medesimo atto (art. 1045 c. c. = *1000 ll. cc.*), perchè devesi credere allora che il testatore lo fece colla mira del dritto di accrescimento. In vece che nella specie, donando il testatore con atti separati a molte persone l' universalità de' suoi beni, avvi incompatibilità tra le due disposizioni; si presume che intese di rivocare la prima perchè la seconda avesse tutto il suo effetto, salvo il caso in cui dai termini del secondo atto risultasse che egli non intese di rivocare il primo legato, ma di dar soltanto un collegatario al primo istituito.

Per la medesima ragione avvi incompatibilità,

per conseguenza rivocazione, se lascio all' uno *la mia disponibile* con un primo testamento, e la lascio in appresso ad un altro con un nuovo atto.

446. Nel caso del legato di una cosa in totalità a Sempronio, e poscia della metà di questa cosa a Tizio, i giureconsulti romani non erano di accordo sulla porzione che spettasse a ciascuno de' legatarii, allorchè ambedue avean raccolto il legato. Alcuni pretendevano che Sempronio avesse da principio una metà, per la quale si trovava egli solo legatario, e la metà dell'altra metà, per essere in concorrenza per questa metà con Tizio, essendo entrambi *conjunti re* per la detta metà. Sempronio dunque doveva avere i tre quarti se Tizio concorresse puranche al legato, e l' intero, *jure non decrescendi*, se non vi concorresse. Altri opinavano che il testatore avesse voluto fare una nuova porzione della cosa, cioè nella specie, come una terza metà, e secondo essi i due legatarii dovevano concorrere, l' uno per due porzioni, e l' altro per una terza; in modo che Sempronio, nel caso in cui Tizio concorresse al legato, dovesse avere i due terzi della cosa, e Tizio l' altro terzo; che se non vi concorresse, Sempronio avesse l' intero *jure non decrescendi*; e che se non concorresse al legato Sempronio, Tizio avesse tutta la metà a lui legata, ugualmente *jure non decrescendi*, ma non mai altro. Giustiniano troncò questa controversia, prescrivendo, colla legge 23, Cod. *de legatis*, sia che si trattasse di una cosa così legata

a molti successivamente, all' uno da principio per l' intero, all' altro soltanto per una metà; sia che si trattasse dell'eredità lasciata nel medesimo modo, che vi sarebbe rivocazione della prima disposizione per la metà donata al secondo legatario o al secondo istituito. E noi seguiamo appunto tale prescrizione, come la più uniforme alla presunta intenzione del testatore.

Ciò posto, se dopo di aver legato con un primo testamento l' universalità de' miei beni a Paolo, io lego in appresso con un altro atto la metà de' miei beni a Pietro, vi sarà trasferimento a vantaggio di quest' ultimo della metà del legato fatto a Paolo; imperocchè per questa metà le due disposizioni sono incompatibili.

447. Nel caso inverso, in cui il testatore, dopo di aver legato con un primo atto una quota de' suoi beni, aveva legato con un secondo l' universalità ad un'altra persona, la Corte di Nimes giudicò (1) che il secondo legato non rivocava il primo, attesochè l'art. 1011 c. c. = *965 ll. cc.* suppone il concorso di un legato a titolo universale con un legato universale; che non essendo questi due legati della medesima natura, poichè il legatario a titolo universale non è mai impossessato, mentrechè il legatario universale è impossessato quando non vi sieno eredi cui spetti la riserva (art. 1006 c. c. = *932 ll. cc.*), l'esistenza dell'uno non è incompatibile con quella dell'altro.

(1) Decisione del 7 febbraio 1809; *Sirey*, 9, 2, 255.

Quest' ultima considerazione al certo non influisce gran che sullo scioglimento della quistione; ma puossi dire che il testatore potè voler legare l' universalità al secondo legatario soltanto pel caso in cui il primo non raccogliesse la disposizione fatta a suo vantaggio, e che in tale prevegenza dovè fare l' ultimo legato dell' universalità, perchè facendolo soltanto di una quota, il legatario non avrebbe potuto aver mai se non questa quota, quando anche il primo legatario non avesse raccolto; mentrechè egli voleva nondimeno donare eventualmente l' intero al secondo legatario, senza che tuttavia debbasene conchiudere che intese di rivocare il primo legato.

Tuttavolta puossi rispondere che se l' art. 1011 c. c. = *965 ll. cc.* suppone la concorrenza di un legato a titolo universale con un legato universale, è perche suppone puranche di non esservi stata rivocazione del primo legato: or questa concorrenza può in fatti sussistere in parecchi casi. Sussiste se le due disposizioni sieno state fatte col medesimo atto, poco importa l' ordine nel quale sono state scritte, essendosi potuto dal testatore avere in mira, facendo il legato universale, il caso di caducità del legato a titolo universale. Tale concorrenza sussiste ancora allorchè dopo di un legato universale fatto in un primo testamento, sia fatto in un secondo un legato a titolo universale. Quindi nulla di positivo puossi conchiudere dal citato art. 1011 circa alla quistione che ci occupa.

Neanche trarremo argomento contro la decisione

della Corte di Nimes dall' art. 1003 c. c. = *929 ll. cc.*, il quale suppone il concorso di molti legatarii universali, lo che tuttavolta non impedisce che un secondo legato universale, fatto in un altro testamento, rivochi un primo legato di questa qualità; giacchè si tratta in questo articolo di un solo e medesimo legato fatto a molti. Nè vie maggiormente argomenteremo dall' art. 1045 c. c. = *1000 ll. cc.*, il quale permette di supporre il concorso di molti legatarii universali, istituiti con disposizioni separate in un medesimo atto, senza che vi sia rivocazione della prima colla seconda, perchè ragioniamo nella ipotesi di due disposizioni fatte con due atti differenti. Ma diremo che il legato universale, nella specie di cui si tratta, rivocò il legato a titolo universale, per la medesima ragione la quale fa che si decida che un legato universale ne rivoca un altro contenuto in un testamento anteriore. Poco importa che vi sieno talune differenze tra i legati universali ed i legati a titolo universale; in sostanza la loro natura è la stessa, e la quistione non consiste in ciò, ma interamente nel punto se il testatore ebbe la volontà di rivocare il legato a titolo universale col legato universale da lui fatto posteriormente; or ciò sembraci manifesto.

In fatti il legato universale comprende *tutto* (art. 1003 c. c. = *929 ll. cc.*); comprende dunque per conseguenza ciocchè era compreso nello stesso legato a titolo universale; avvi quindi incompatibilità dell' ultima disposizione colla prece-

dente, nel senso che l'ultima non può eseguirsi secondo il suo tenore, se la prima riceva puranche il suo effetto.

Nel caso di un legato universale fatto a molti, o di varii legati universali fatti eziandio a molti con diverse clausole di un medesimo testamento, devesi naturalmente supporre che il testatore ebbe in mira il dritto di accrescere tra i diversi legatarii, quante volte uno di loro non raccogliesse per una causa qualunque; ma nella specie di un legato a titolo universale fatto in un primo atto, e di un legato universale fatto in prosieguo in un altro testamento, è ben più naturale il credere che volle rivocare la sua prima disposizione colla seconda, anzichè opinare che se fece quest' ultima sotto il modo universale, era unicamente nella mira di assicurare il tutto all'ultimo gratificato, nel caso in cui la prima disposizione rimanesse senza effetto; giacchè poteva benissimo fare il legato universale dichiarando nondimeno la sua volontà di conservare il primo legato.

Si supponga che il testatore avesse legato con un primo testamento il tale stabile, e che con un secondo avesse legato ad un' altra persona *tutti* i suoi stabili: secondo la dottrina della decisione della Corte di Nimes, si sarebbe detto ancora che il legato particolare non era rivocato dal legato a titolo universale; imperocchè un legato particolare concorre eziandio, ed anche spessissimo, con un legato a titolo universale, nel senso che esso ridu-

ce quest' ultimo, come il medesimo riduce lo stesso legato universale. Gli art. 1012 e 1013 c. c. = *966 e 967 ll. cc.* lo suppongono evidentemente. Si sarebbe potuto dire puranche che il testatore, nella mira di assicurar *tutti* i suoi stabili al secondo legatario, nel caso in cui il legato particolare dello stabile divenisse caduco, avea voluto piuttosto fargliene il legato in modo generale, anzichè legargli individualmente tutti questi medesimi stabili. Or nulladimeno non è forse evidente che il legato di *tutti* gl' immobili non ne esclude alcuno? Che abbraccia l' immobile precedentemente legato a titolo particolare, e che avvi incompatibilità tra i due legati, del pari che nel caso del legato di una cosa speciale fatto ad uno, e che fu di poi lasciata ad un altro? imperocchè il legato a titolo universale di *tutti* gl' immobili non riceverebbe la sua esecuzione se il legato particolare concorresse seco, in vece di esserne una semplice *delibazione* o peso.

Che cosa è mai un legato particolare, ed anche un legato a titolo universale quando avvi legato universale? È, come dicono i giureconsulti, una *delibazione*, una diminuzione di questo legato universale; è un diffalco, fatto su tale legato, di una cosa particolare o di una quota, senza cangiarne tuttavia la natura. Ma non è più una *delibazione* subitochè l'atto ha una data precedente: allora il legato universale non meriterebbe più questo nome, poichè non comprenderebbe *tutto*; e nondimeno il testatore volle fare un legato universale

col suo secondo testamento: dunque si presume di aver voluto rivocare disposizioni la cui conservazione impediva che il suo legato fosse dell' intero.

Opiniamo dunque, in mancanza di qualunque clausola atta a manifestare la contraria intenzione del testatore, che un legato universale assorba e rivochi ogni disposizione contenuta in testamenti anteriori; che un legato a titolo universale di tutti i beni mobili o di tutti gl' immobili assorba e rivochi i legati di quota di questi medesimi beni, come i legati particolari di effetti che si rapportano a questi beni; finalmente che il legato particolare di tutte le case o di tutti i cavalli del testatore, rivochi il legato speciale che aveva fatto di una delle sue case o di uno de' suoi cavalli, quando anche la casa o il cavallo fossero stati indicati, il tutto salvo la pruova della contraria intenzione del disponente.

448. Ma se il testatore abbia legato somme a differenti persone con diversi testamenti, quantunque la eredità non fosse bastante per soddisfarli tutti per intero, o non vi fossero sufficienti beni per pagarli tutti prelevate le riserve, i primi legati non sono per questo rivocati dagli ultimi: vi sarà concorrenza *pro rata*; imperocchè, come osserva Pothier, i diversi testamenti si reputano di avere la medesima data, ed in conseguenza tutti i legati che non sono incompatibili con altri debbono soddisfarsi con questi, nella proporzione almeno di ciocchè permette di fare il patrimonio del

defunto. Or non avvi incompatibilità, ma soltanto concorrenza; perciocchè quantità uguali o disuguali non sono incompatibili, come un totale con parte di esso, il quale non è più totale tostochè una delle sue quote trovasene da prima staccata.

449. Le disposizioni testamentarie di qualsivoglia natura sono rivocate da una donazione universale di tutti i beni fatta posteriormente per contratto di matrimonio. Ai termini dell' art. 1083 c. c. = *1039 ll. cc.*, questa donazione ha effetti irrevocabili, mentrechè quelli del testamento sono essenzialmente rivocabili; e quantunque in fatto il testamento sia anteriore, siccome produce i suoi effetti in tempo della morte del testatore, cioè ad un' epoca nella quale non poteva costui più disporre de' beni compresi nell' istituzione contrattuale, ne segue che se l' abbia fatto, lo fece inutilmente. Tanto giudicò la Corte di cassazione nel 16 novembre 1813 (1).

450. Vediamo ora qual sia l'effetto della rivocazione allorchè non risulti che dalla incompatibilità delle diverse disposizioni, cioè dal trasferimento a favore del legatario, di ciò che prima erasi legato ad un altro.

Secondo l' art. 1037 c. c. = *992 ll. cc.*, « la rivo-« cazione fatta con un testamento posteriore avrà « pieno effetto, ancorchè questo nuovo atto resti « senza esecuzione per la rinunzia o per la incapa-« cità dell' erede istituito o del legatario ».

(1) *Sirey*, 1814, 1, 99.

Vedesi che questo articolo non istabilisce cosa alcuna intorno al caso in cui la nuova disposizione sia rimasta senza esecuzione per l'inadempimento della condizione colla quale fu fatta. Nettampoco parla espressamente della premorienza dell'erede istituito o del legatario gratificato nel secondo atto, ma questo caso trovasi compreso in quello d'incapacità; giacchè chi è trapassato a morte del testatore è incapace per la medesima ragione di chi non è ancor conceputo a tal'epoca, e quest'ultimo è qualificato incapace; art. 906 c. c. = *822 ll. cc.* In dritto nulla vi è nell'uno come nell'altro caso.

451. Circa alla caducità dell'istituzione o del legato fatto nel secondo testamento per effetto del l'inadempimento della condizione appostavi, il dritto romano contiene molte disposizioni che non sarà inutile di esporre: esse stabiliscono pure sotto questo aspetto una distinzione fra le istituzioni di erede ed i legati.

Laonde, abbenchè fosse mancata la condizione con cui erasi fatta la istituzione nel secondo testamento, il primo non era men rivocato, purchè quest'ultimo fosse altronde regolare, *jure perfectum*: il paragrafo secondo delle Instituta, tit. *quib. mod. testam. infirm.*, ne contiene la espressa disposizione. Non consideravasi altro se non la possibilità che il testatore avesse un erede in virtù di questo secondo testamento, ed a tal uopo bastava che esso fosse regolarmente fatto.

Al contrario quando trattavasi del legato di una

cosa fatto da principio puramente e semplicemente ad uno, e di poi ad un altro sotto condizione, in forma di trasferimento, cotesto trasferimento, ed in conseguenza la rivocazione che conteneva essendo condizionale, il primo legatario era privato del legato sol quante volte verificavasi la condizione, ammenochè non fosse stabilito che il testatore aveva voluto in qualsivoglia evento rivocare il primo legato; ma sarebbe spettato all'erede il far la pruova. Questa è la sentenza di Ulpiano nella l. 7, ff. *de adimendis vel trasf. legatis* (1). E Giuliano nella legge seguente, applicando tal massima, dice che se il secondo legatario muoia prima del testatore, il primo legatario conserva il legato. In somma essendo condizionale il trasferimento, la rivocazione stessa non aveva che effetti condizionali: trasformava il primo legato fatto puramente e semplicemente, in un legato sotto condizione, come fatto sotto la condizione contraria a quella ch' era stata apposta al secondo; talmentechè se il primo legatario moriva mentre che la condizione imposta al secondo era in sospeso, abbenchè ciò fosse dopo la morte del testatore, non trasmetteva il legato al suo erede, quando anche la condizione del secondo legato non si verificasse; l. 10, *eod. titulo.*

Ma quando trattavasi del trasferimento puro e semplice, a vantaggio di uno, del legato fatto ad

(1) Ricard, parte 3.ª, n.º 277, *et alibi*, opina che avvien lo stesso nel nostro dritto. Lacombe, alla parola *legato*, parte 3.ª, sez. 4, n.º 9, lo dice similmente.

un altro, eravi allora rivocazione assoluta del legato, quando anche il secondo legatario fosse stato incapace di raccoglierlo. Fra gli altri testi, le leggi 20 e 24, §. 1, nel medesimo titolo, lo dichiarano positivamente. Vieppiù avveniva così quando il secondo legato non aveva il suo effetto sol perchè il legatario lo ricusava.

Queste diverse risoluzioni han per base la ragione, e dovrebbero seguirsi vigente il Codice. Ed in fatti l'art. 1037 c. c. = *992 ll. cc.* riconosce espressamente rivocazione per effetto di nuova disposizione che non ebbe esecuzione, nei due soli casi in cui questa esecuzione sia mancata per l'incapacità dell'erede istituito o del legatario, o pel loro rifiuto di raccogliere: esso non parla del caso in cui ciò avvenga per non essersi avverata la condizione con cui questa nuova disposizione sia stata fatta. In tal caso è vero il dire che la rivocazione compresa nel trasferimento del legato era anch'essa condizionale, come questo trasferimento; e mancando la condizione, è pur mancata la rivocazione medesima, tranne se, come lo dice Ulpiano nella precitata legge 7, ff. *de adimend. legat.*, abbia il testatore avuto la volontà di rivocare in ogni evento il primo legato: *nisi fuerit in hoc animo testator, ut omnimodo recessum a primo legato: tunc erit dicendum legatum a primo legatario ademptum.*

Ed in fatti non puossi dire che vi sia incompatibilità fra le due disposizioni, giacchè una è

pura e semplice, e l'altra venne fatta sotto condizione: or il suddetto art. 1037 si riferisce in evidente modo al caso preveduto nell'articolo precedente, a quello in cui la rivocazione risultasse dall' incompatibilità delle disposizioni, atteso il trasferimento a vantaggio di uno della cosa legata prima ad un altro. La opinione de' giureconsulti romani deve dunque parimente seguirsi appresso noi, giacchè è ragionevolissima, e trovasi basata sopra regole da noi interamente ammesse.

452. Se siasi fatto puramente un legato a vantaggio di Paolo, e con un' altra disposizione contenuta nel medesimo testamento, o in testamento posteriore, il testatore gli abbia legata la medesima cosa sotto condizione, il primo legato è rivocato dal secondo, il quale non sarà anch'esso dovuto se non quando si verificherà la condizione. Imperocchè è chiaro essere stata intenzione del testatore di sostituire la seconda disposizione alla prima (1).

Vice versa, se puro e semplice sia il secondo legato, il primo è rivocato e surrogato dal secondo. Eccettochè nei due casi non fosse stata intenzione del testatore di fare due legati, il che non si presumerebbe facilmente.

453. Se col mio testamento io incarico Tizio, un de' miei eredi, di pagare il legato che ho fatto a Sempronio, e con una nuova disposizione, contenuta o nel medesimo atto, o in un atto posteriore,

---

(1) L. 9, ff. *de adimend. vel transf. legat.*

io ponga il medesimo legato o carico di Seio, avvi rivocazione del legato fatto a peso di Tizio, e trasferimento a carico di Seio (1).

454. Il giureconsulto Paolo nella legge 6, ff. *de adimend. vel trasf. legatis*, dice che il trasferimento de' legati può farsi in quattro modi: 1.° legando ad uno ciocchè erasi da prima legato ad un altro; 2.° incaricando di soddisfare il legato una persona diversa da quella che erane stata incaricata da principio; come nella suddetta specie; 3.° legando al medesimo legatario una cosa invece di quella ch' eragli stata in origine legata, *cum res pro re datur*; e 4.° legandogli sotto condizione ciocchè eragli stato legato puramente. E noi soggiungeremo con Vinnio, 5.°, legandogli puramente ciocchè eragli stato legato da prima sotto condizione.

455. Avvi pure tacita rivocazione risultante dalla interpetrazione della volontà del defunto, sol perchè siasi rivocata una disposizione quando quest' ultima era evidentemente correlativa colla prima. A cagion di esempio, un testatore aveva istituito due eredi e legato ad uno di essi un fondo a titolo di precapienza; aveva di poi legato all' altro un credito contra un terzo; ma soltanto sino alla concorrente quantità del valore del fondo legato al primo. Dopo il testamento, e senza aver avuto alcuna causa di animosità contra il primo prelega-

(1) L. 6, ff. *de adimend. vel transf. legat.*

tario egli alienò il fondo legato. Papiniano dichiara (1) che l'altro erede non possa chiedere il legato del credito, giacchè questo legato gli era stato fatto solo in considerazione del legato del fondo fatto all'altro, colla mira di stabilir l'uguaglianza fra i due eredi; e sarebbe un contrariar le mire del testatore il dare effetto ad uno de' legati quando l'altro non ne abbia. Ricard (2) abbraccia questa opinione.

456. Il beneficio della rivocazione di un legato profitta in generale a quello o a quelli che sarebbero stati in obbligo di soddisfarlo, salvo ciò che diremo più lungi pel caso in cui vi sia luogo al dritto di accrescere fra i legatarii.

Così nell' ipotesi in cui lo sarebbero stati gli eredi legittimi, sono essi esenti dal pagare il legato rivocato.

Se tale legato fosse stato a carico di un legato universale, quest'ultimo legato sarebbe tanto meno diminuito per effetto della rivocazione; e quando anche vi fossero eredi cui spetti la riserva, il solo legatario universale profitterebbe di questa rivocazione, poichè la riserva non si accrescerebbe per ciò, ed il legato universale comprende tutto, meno la riserva, qualora ve ne sia.

Nella specie di un legato universale in concorrenza con un legato a titolo universale, la rivocazione di questo lascia similmente intatto il legato universale; ed avverrebbe lo stesso se il legato a

(1) L. 25, ff. *de adimend. vel transf. legat.*
(2) Parte 3, n.° 255.

titolo universale rimanesse senza esecuzione per la incapacità del legatario, pel suo rifiuto di raccogliere, o per l'inadempimento della condizione colla quale fosse stato fatto. Gli eredi legittimi non potrebbero in nessun caso pretendere che il legato universale sia stato trasformato in legato a titolo universale mercè il legato di quest' ultima specie, ed in consegnenza che la rivocazione o la caducità del medesimo debba loro profittare: all' opposto essa profitta al solo legatario universale, nel senso che il suo legato, il quale poteva esser diminuito del valore legato a titolo universale, non lo sia stiato: *quem sequuntur incommoda, eumdem debent sequi commoda.*

Per effetto delle medesime regole, se il testatore abbia fatto ad uno il legato a titolo universale de' suoi immobili, per esempio, ed all'altro il legato particolare del tale immobile, e quest' ultimo legato sia stato rivocato, o il legatario sia incapace, o non voglia raccogliere, o non adempia alla condizione che gli era stata imposta, il legato degl'immobili in generale, che poteva esser diminuito dal legato particolare, non lo sarà.

Infine la rivocazione o la caducità di un legato particolare può talvolta profittare ad un legatario anche a titolo particolare: a cagion d' esempio, se io abbia legato a Paolo tutte le mie case, o tutti i miei cavalli, ed a Filippo una mia casa o un mio cavallo, e quest' ultimo legato sia stato rivocato, ovvero il legatario non abbia potuto o voluto

conseguirlo, il legato particolare di tutte le case o di tutti i cavalli, che doveva essere diminuito del legato vieppiù speciale di una casa o di un cavallo, non lo sarà.

457. Nel dritto romano, l'abbandono del testamento da parte dell'erede istituito, gravato di legati o di fedecommessi particolari rendeva caduchi questi legati e fedecommessi: gli eredi *ab intestato* non erano in obbligo di soddisfarli (1), ammenochè tuttavolta l'erede istituito non fosse pure chiamato all'eredità legittima e non l'accettasse piuttosto a questo titolo che in virtù del testamento. Allora il pretore dava azione contra di lui ai legatarii e fedecommessarii. Evvi anche nel Digesto un titolo speciale contenente le disposizioni intorno a questo caso (2).

Ma non si è ammesso nel nostro dritto francese che la rinunzia al testamento da parte dell'erede, ovvero del legatario universale o a titolo universale potesse far svanire le altre disposizioni testamentarie. Quelli che raccolgono i beni in mancanza di eredi istituiti o degli stessi legatarii gravati di legato, sono in obbligo di soddisfar questi legati, nel medesimo modo di quelli che ne erano stati incaricati dal defunto, e ciò è più ragionevole. Talmentechè anche lo Stato, in mancanza di parenti legittimi dovrebbe soddisfarlo prendendo i beni.

458. Se il testatore aliena in tutto o in parte la

(1) L. 17, ff. *Si quis omissa causa testamenti*, ec.
(2) Il suddetto.

cosa legata, ancorchè per mezzo di vendita con facoltà di ricomprare,, o di permuta, il legato s'intende rivocato per tuttociò che è stato alienato, quando anche l'alienazione posteriore sia nulla, e la cosa stessa sia ritornata in potere del testatore; art. 1038 c. c. = *993 ll. cc.*

Nel dritto romano, l'alienazione della cosa legata importava rivocazione sol quante volte il testatore aveva alienato senza necessità o bisogno pressante, *nulla necessitate urgente*, il che stimavasi secondo le circostanze; ma quando aveva alienato *urgente necessitate*, per esempio ad oggetto di pagar creditori che lo incalzavano, o per motivo di pubblica utilità, era dovuto al legatario la stima della cosa, e la cosa stessa se era rientrata in potere del testatore, e vi si trovava ancora all'istante di sua morte (1).

In generale nella nostra antica giurisprudenza la sola cessione forzosa per causa di pubblica utilità non produceva rivocazione del legato.

459. Presentemente il legato è rivocato in modo assoluto, sia qualunque la causa dell'alienazione; e probabilmente avverrebbe lo stesso abbenchè fosse avvenuta sotto una condizione non avveratasi. Imperocchè se si dicesse che in tal caso egli è come se essa non avesse avuto luogo, si risponderebbe che avvien così nella ipotesi di una vendita col

---

(1) L. 11, §. 12, ff. *de legat. 3.*; e l. 18, ff. *de adim. vel transf. legat.*

patto di ricompra quando il testatore si sia di questo prevalso, poichè si reputa che la vendita non è esistita; art. 1183 e 1673 c. c. = *1136 e 1519 ll. cc.* Questa risoluzione non è contraria a ciocchè abbiam detto precedentemente, che il trasferimento condizionale a vantaggio di uno, del legato fatto ad un altro, opera rivocazione sol quante volte si verifichi la condizione; imperocchè un' alienazione condizionale, anche per mezzo di donazione, è diversa da un trasferimento condizionale del legato ad altra persona, in quanto che è irrevocabile; donde puossi conchiudere essere stata intenzione del testatore di rivocare il legato facendola; invece che un secondo legato non è un' alienazione. Nondimeno confesseremo che la quistione è capace di dubbio, e che lo scioglimento potrebbe dipendere dalle circostanze, e soprattutto dalla specie di condizione con la quale si fosse fatta l' alienazione.

460. Quando il testatore sia stato interdetto per causa di demenza dopo di aver fatto il suo testamento, e per pagar debiti siasi alienato un immobile che egli aveva legato, avvi qualche dubbio sul punto se quest'alienazione produca rivocazione; imperocchè l' intenzione del testatore non mostrasi in questo caso come si mostra quando egli stesso aliena la cosa da lui legata. Altronde i parenti che hanno forse conoscenza del testamento, sono, in generale interessati a designar questo immobile per essere venduto in preferenza. E nondimeno devesi riguardar tale alienazione come producente pure

rivocazione, attesochè adempiendo il tutore alle condizioni dalla legge prescritte è riputato di rappresentare il proprietario: è come se avesse costui alienato in istato di piena capacità.

461. Del resto la donazione della cosa, che potrebb'essere annullata o rescissa, non rivoca il legato allorchè sia fatto a favore dello stesso legatario: per esempio, allorchè il testatore trasmette la medesima cosa al legatario mediante una donazione celata sotto la forma di vendita, non è dessa un'alienazione rivocatoria del legato nel senso dell' art. 1038 c. c. = 9½ 3 *ll. cc.* (1).

Se dunque la donazione si trovasse nulla per qualche motivo, il legato riceverebbe il suo effetto se non fosse stato rivocato, « attesochè, dice il ci-
« tato arresto di cassazione, la disposizione dell'art.
« 1038, che dichiara rivocato il legato, in forza
« dell' alienazione posteriore della cosa legata, è
« evidentemente basata sulla presunzione legale di
« un cangiamento di volontà da parte del testato-
« re, ma questa presunzione cessa di pieno dritto
« allorchè l'alienazione sia fatta a vantaggio della
« persona stessa del legatario. ».

462. Se il testatore abbia legato a Paolo il credito che aveva contra Pietro, esigendone l' importare, il legato è rivocato (2): non avvi più cosa legata.

Per lo medesimo motivo, il legato della liberazione fatto dal creditore al suo debitore è rivocato

(1) Arresto di cassazione del 6 giugno 1814; *Sirey*, 1814, 1, 215.
(2) §. 21, Instit. *de legat.*

se il creditore abbia richiesto il pagamento del debito (1).

Avvien lo stesso in entrambi i casi se il testatore sia morto dopo di aver formata la sua dimanda per pagamento del debito; imperocchè allora la presunzione di rivocare il legato ha la medesima forza di quando abbia in realtà ricevuto il pagamento. La mora del debitore, o le dilazioni della causa o dell' esecuzione della sentenza, non debbono far rivivere un legato ch' era rivocato (2).

Ma nell' uno e l' altro caso la ricezione di parte soltanto del credito, senza dimanda di pagamento, non basterebbe sempre a far indurre una rivocazione del legato pel totale: lo scioglimento della quistione dipenderebbe molto dalle circostanze del fatto; ed anche in generale dovrebbesi dire di non esservi rivocazione se non fino alla concorrente quantità di ciocchè fu ricevuto.

463. Allorchè siasi rimasto un legato sotto la condizione di far qualche cosa, per esempio di pagar cento ad un terzo, ed il testatore abbia egli stesso data questa somma alla persona, il dritto romano (3) dichiara che il legato è caduco, perchè è mancata la condizione. Ricard (4) ammette pure ciò nel nostro dritto, attesochè, egli dice, il testatore il quale aveva apposto la condizione al le-

(1) L. 7, §. 4, ff. *de liberat. legat.*

(2) Voet. *ad* PANDECT., tit. *de legatis vel fideicomm.*, n.° 25.

(3) L. 72, §. 7, ff. *de condit. et demonst.*

(4) *Delle disposizioni condizionali*, n. 456.

gato ha distrutto il legato, distruggendo la condizione. Questa ragione non è mica conchiudente: ben potè il testatore sborsando i cento al terzo avere tutt' altra intenzione che quella di rivocare il legato: non sarebbero difficili a trovarsi motivi ragionevoli; ond'è che lo scioglimento della quistione dipenderebbe molto dalle circostanze del fatto.

464. I giureconsulti romani vedevano pure rivocazione del legato nel cangiamento di forma che il testatore aveva fatto subire alla cosa legata, allorchè la nuova specie non poteva essere restituita alla sua prima forma: come della lana di cui si fosse fatto panno (1). Era presso a poco come se il testatore avesse distrutto l'oggetto del legato, nel qual caso questo legato è estinto senza il menomo dubbio. Pur nondimeno i giureconsulti non erano di accordo intorno all'estinzione del legato per questa causa. Le sette erano scisse su tal punto stante i loro dispareri sulla materia dell' *accessione* e della *specificazione*. Non esporremo partitamente siffatte controversie, giacchè sarebbe ciò poco utile: diremo soltanto che appresso noi, e non essendovi circostanze atte a render manifesta la volontà del testatore, converrebbe, almeno in generale, attenersi alle regole stabilite nel Codice sul dritto di accessione per riguardo alle cose mobili; e si direbbe in conseguenza di doversi la cosa al legatario allorchè la manifattura non sorpassasse talmente il

(1) L. *Lana*, 88, *in princip.*, e §. 1, ff. *de legat* 3.°

valore della materia, che dovesse riguardarsi come essendo la cosa principale: nel caso contrario, il legato essere estinto, rivocato (art. 570 e 571 c. c. = *495 e 496 ll. cc.* per argomento); il tutto, salvo la pruova dell' intenzione del testatore.

Dovrebbesi pure distinguere se per opera sua o di un terzo senza partecipazione abbia la cosa legata subita la nuova forma. Quando fosse per fatto di un terzo, il legatario avrebbe i dritti del defunto, nè più, nè meno.

465. Se il testatore abbia semplicemente imposto pesi sulla cosa legata, come un usufrutto, un dritto di uso o una servitù, il legatario non può dimandarla che nello stato in cui si trovi a morte del testatore, e se abbia egli stabilito questi pesi con un testamento posteriore, il legato dell' immobile si trova pure rivocato di altrettanto.

Se i pesi si fossero legati con un primo testamento, e l' immobile lo fosse stato con testamento posteriore senza menzione di essi, non vi sarebbe necessariamente rivocazione, perchè non vi sarebbe necessariamente incompatibilità delle due disposizioni. La quistione di rivocazione dipenderebbe dunque dalle circostanze del fatto.

466. Il Codice tace intorno alla rivocazione che nel roman dritto e nell' antica nostra giurisprudenza risultava dall' avere il testatore annullato, lacerato, cassato il suo testamento; ma il semplice buon senso indica nondimeno che non s' intese rigettare questa pruova del cangiamento di volontà del defunto.

Quindi allorchè egli abbia bruciato, lacerato o anche semplicemente cassato per intero il suo testamento olografo, è chiaro di aver voluto che le sue disposizioni non sortissero alcun effetto, ed in generale anche non potrebbero sortirne: tostochè non avvi più atto, più non avvi testamento.

467. Se abbia cassato o raso qualche disposizione soltanto, lasciando intatta e la data e la firma, il testamento vale pel resto (1).

468. E se vi fossero più copie del testamento, ed una di esse fosse stata conservata, la lacerazione delle altre non sarebbe una pruova che sia stata intenzione del testatore di rivocare le sue disposizioni. Egli potè riguardar come inutili queste copie.

469. Bisogna dire altrettanto, per la medesima ragione, del caso in cui avesse cassata la copia del suo testamento per atto pubblico: non potrebbe inferisi cosa alcuna da questo fatto, poichè trovandosi la minuta presso il notaio, egli dovè naturalmente pensare che sarebbe facile ai suoi legatarii il prenderne un' altra copia. In ogni caso questa cancellazione non basta ad attestare la sua intenzione di rivocare le disposizioni del testamento.

470. Se col fatto il suo testamento mistico si trovi presso di sè al momento della sua morte, il che l' art. 916 c. pr. = *993 ll. pr. civ.* permette di supporre (2), ed abbia egli rotto l' involto, o anche

(1) LL. 2 e 3, Cod. *de his quæ in testam. delentur.*

(2) Si rimembra di aver noi dichiarato più sopra, n.° 61, poggiandoci pure ad un parere del Consiglio di Stato, che i notai non

semplicemente il suggello, il testamento è distrutto come testamento mistico. Ma se sia scritto per intero, datato e sottoscritto di pugno del testatore, vale ancora come olografo; imperocchè la distruzione dell' involto può benissimo spiegarsi col desiderio che poteva avere il defunto di mandare ad effetto le sue disposizioni , la cui rimembranza si era forse cancellata nel suo animo, o indebolita, senza che se ne debba conchiudere di aver inteso rivocare il testamento stesso, poichè al contrario lo lasciò sussistere, potendo annullarlo.

---

dovevano rogare in brevetto i testamenti per atto pubblico, nè rilasciar la minuta del testamento, anche dietro ricevuta del testatore. Ma circa ai testamenti mistici, i notai non li *rogano* come atti del loro ministero; stendono soltanto un atto di soprascrizione, che non è il testamento. Non avvi dunque ciocchè chiamasi *minuta*, ed in conseguenza non ci sembra che la legge di ventoso anno XI si opponga, come pei testamenti per atto pubblico, che i notai consegnino il testamento mistico al testatore, o immediatamente dopo di aver disteso l'atto di soprascrizione, o posteriormente. Questo era l'uso anticamente, ed il sopraccennato art. 916 c. pr. par che sia stato disteso sotto la influenza di quest' uso, giacché adopera espressioni che convengono in perfetto modo al testamento mistico, mentre sono quasi identicamente le stesse di quelle di cui si vale l' art. 976 c. c. = *902 ll. cc.*: *Un testamento o altre carte suggellate... la forma esterna, il suggello e la soprascrizione*, se ve ne sia . . .cifrerà *l' involto*, ec. Grenier non crede tuttavolta che possano i notai spossessarsi dei testamenti mistici, vieppiù che de' testamenti per atto pubblico. Toullier al contrario dichiara che possono conseguare gli uni al pari degli altri al testatore; ed in quando a noi, opiniamo che non possano tutto al più consegnare che primi, e ci determiniamo ancora, per riguardo ai medesimi, sol perchè la legge di ventoso lor sembra meno applicabile, ed in oltre perchè il sopraddetto art. 916 c. pr. sembra di aver supposta la conservazione degli antichi usi per ciò che riguardava questi testamenti.

471. Se sia accaduta qualche cosa al testamento, incumberà al magistrato il valutare le circostanze del fatto, e soprattutto lo scorgere se si possa ancora riconoscere in sicuro modo la volontà del defunto (1).

472. E se ciò sia per fatto degli eredi, ne saranno essi risponsabili, secondo quel che si è detto più sopra (n.° 48) trattando del testamento olografo.

473. La sopravvegnenza di figli al testatore rivoca mai le sue disposizioni?

Nel roman dritto la sopravvegnenza di un figlio rivocava il testamento, quando anche il testatore ne avesse altri al momento in cui testava, se questo figlio non era stato istituito o diredato (2). Ma il pretore dava all'erede istituito il possesso de' beni *secundum tabulas*, se il figlio la cui nascita aveva rivocato il testamento fosse morto prima del testatore (3).

Tutti convengono che nella nostra legislazione allorchè il testatore abbia figli all' istante in cui fa il suo testamento, questo atto non è rivocato per sopravvegnenza di nuovi figli, poichè una stessa donazione tra vivi non lo sarebbe.

Si convien pure che quando anche non vi fossero altri figli, se il testatore abbia conosciuto la nascita di quello sopraggiuntogli dopo il suo testa-

(1) L. *penul.*, Cod. *de testam.* Vinnio sul §. 2, Instit. *Quib. modis testam. infir.*

(2) *V.* il §. primo, Instit. *de exhered. liber.*

(3) L. 12, ff. *de injusto, rupt., irrit. testam.*

mento o la gravidanza di sua moglie, a tempo tale da poter rivocare il testamento, e non lo abbia fatto, è questa una pruova che egli intese di conservare le due disposizioni. Tal punto, che avea formato anticamente qualche dubbio, venne giudicato in siffatto senso dalla decisione detta della *Poupelinière*, profferita dal parlamento di Parigi nel 12 marzo 1764 (1). Fu anche giudicato la stessa cosa nel parlamento di Rouen nel 20 dicembre 1725 (2); ed avverso queste due decisioni in vano si produsse ricorso per cassazione innanzi all'antico consiglio di Stato.

Non avvi in effetti alcuna parità fra il caso di un testamento e quello di una donazione tra vivi. Nel primo il testatore può liberamente distruggere ciò che ha fatto, mentre che nel secondo non lo può. La legge adunque dovrà venire in suo soccorso in questo, senza rivocare per ciò le disposizioni testamentarie.

Bisogna anche osservare che nella causa la *Poupelinière* il parlamento giudicò *in dritto*, alla maggioranza di sedici voti contro dieci, e confermò la sentenza del Castelletto, emessa sul fondamento che niuna ordinanza applicava alle disposizioni testamentarie questo genere di rivocazione stabilito per le donazioni. La giurisprudenza anteriore, basata sul dritto romano, era nondimeno contraria,

(1) Che si trova nell'antico Denizart, v.° *rivocazione de' testamenti*, n. 3.

(2) La decisione è riferita dall'annotatore di Ricard, nelle sue addizioni alla sez. 4 del capo v *delle donazioni*, parte 3.

come l'opinione degli autori e degli avvocati generali. Vero è che pretendevasi di avere Ponpelinière conosciuta la gravidanza della moglie nel corso della sua malattia, che durò circa dieci giorni; ma il parlamento non giudicò meno in dritto.

474. Ma allorchè il testatore non abbia conosciuto prima della sua morte la nascita del figlio o la gravidanza di sua moglie, credono taluni di doversi annullare le disposizioni, salvo al magistrato l'ordinare l'esecuzione di quelle le quali, secondo le circostanze, fossero giudicate tali da potersi presumere che il testatore le avrebbe sempre fatte, quando anche avesse conosciuto la nascita o la gravidanza.

Per risolverlo così s'invoca la legge 36, §. 2, ff. *de testam. militis*, la quale somministra, diccesi, un argomento tanto più valido, in quanto che i testamenti de'militari si riguardavano con estremo favore appo i Romani, e tuttavolta dichiaravasi che il testamento del militare in questo caso non dovesse ricevere la sua esecuzione.

Ove convenisse dichiarare inefficace il testamento, per parità di ragione bisognerebbe ugualmente dire che deve rimanere senza esecuzione allorchè il testatore lo abbia fatto in un tempo in cui aveva in verità un figlio, ma lo credeva morto, mentrechè questo figlio era prigioniero appresso il nemico o veniva ritenuto da pirati, e ricomparve non prima della morte di suo padre.

Nulladimeno nè in questo, nè in quel caso

sarebbero i tribunali autorizzati da alcuna legge in vigore a pronunciar la nullità delle disposizioni: il figlio avrebbe soltanto la sua riserva, e siccome essa è più considerevole che nelle antiche regole; è questa pure una considerazione la quale affievolisce gli argomenti che si vorrebbero dedurre dal dritto romano per pretendere che il testamento debba rimanere senza effetto. Non ispetta ai magistrati il crear nullità o motivi di rivocazione: ora il Codice civile non fa alcuna menzione di quella in esame. È forse questa una lacuna nelle leggi, ma non incumbe ai tribunali il riempierla: l' art. 4 c. c. = *4 ll. cc.* non ve gli autorizzerebbe, ci pare: *dura lex, sed tamen est lex.*

475. Sinora abbiam parlato della rivocazione sol per quanto essa risulti dalla volontà del testatore; ma può parimenti aver luogo per fatto del legatario:

O per non aver egli adempito i pesi che gli erano imposti;

O per essersi renduto *indegno* del beneficio, per aver attentato ai giorni del testatore, o essersi renduto colpevole verso di lui di sevizie, delitti o ingiurie gravi (1);

O infine per aver fatta un' ingiuria grave alla sua memoria.

Gli art. 1046 e 1047 c. c. = *1001 e 1002 ll. cc.* dispongono: « Le medesime cause che secondo l'art.

(1) *V.* nel tomo precedente, n.° 537 a 553, ciocchè fu detto intorno a questi fatti.

« 954 c. c. = *879 ll. cc.* (a) e le due prime dispo-
« sizioni dell' art. 955 c. c. = *880 ll. cc.*, autoriz-
« zano a rivocare la donazione tra vivi, saranno
« ugualmente ammesse per chiedere la rivocazione
« delle disposizioni testamentarie.

« Se questa dimanda ha per fondamento una in-
« giuria grave fatta alla memoria del testatore, debbe
« essere proposta fra l' anno dal giorno del delitto ».

476. Non è tuttavia dubbioso che se il testatore abbia perdonato l' ingiuria fattagli dal legatario, sia sanata la rivocazione (1); ma spetterebbe al legatario, contra cui fosse provato il fatto d' ingiuria, lo stabilire da parte sua la riconciliazione con pruove evidenti; per esempio, producendo lettere del

(a) Nell' articolo 1039 del progetto si citavano gli articoli 907 e 908 del progetto stesso. A questi ultimi per le modificazioni apportate nella camera di grazia e giustizia, e nell' intero supremo Consiglio di Cancelleria, vennero nella numerazione sostituiti gli articoli 882 e 883 dell'istesso progetto, corrispondenti agli articoli 954 e 955 dell'abolito Codice civile francese, che sono indicati nell'articolo 1046 dello stesso Codice civile francese. Niuna osservazione si fece tanto nella camera di Grazia e giustizia, e nell' intero Supremo Consiglio di Cancelleria, che nel Consiglio di Stato sulla estensione del suddetto articolo 1039 del progetto. Ciò non ostante nella pubblicazione delle attuali leggi civili nel corrispondente articolo 1001 invece di citarsi l'articolo 879 (corrispondente al detto art. 907 del progetto) per semplice errore di stampa si vede citato l'articolo 876, che corrisponde al menzionato art. 908 del cennato progetto. Tale visibile erronea citazione devesi avvertire, come quella che porterebbe all'assurdo di rivocarsi i testamenti anche per sopravvegnenza di figli e per ingratitudine, mentre queste due specie di rivocazione riflettono esclusivamente ed essenzialmente le sole donazioni. Trad.

(1) *Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum*; l. 4, ff. *de adimend. vel transf. legat.*

testatore le quali dimostrassero di avergli in realtà rimessa l'offesa, o un atto di liberalità fatto a suo favore da quest' ultimo, posteriormente all' ingiuria, ec.

477. E se fosse scorso un certo tempo dal delitto sino alla morte del testatore, senza che quest' ultimo avesse rivocato il legato, risulterebbe da ciò una pruova morale di aver inteso perdonar l'offesa e serbare la disposizione. Ciò sarebbe soprattutto evidente se il testatore deteneva il testamento olografo in cui essa si trovava, poichè poteva egli distruggerla con un tratto di penna, ed anche in tutti i casi allorchè sapeva scrivere, stante che poteva facilmente fare un atto di rivocazione senza ricorrere al ministero di un notaio.

Pur tuttavolta, siccome la legge parla soltanto della rivocazione, senza spiegarsi sulla rimessione dell' offesa risultante dall' essere il testatore vissuto maggiore o minor tempo dacchè la medesima gli venne fatta senza di aver rivocato il legato, è ragionevole il decidersi per analogia della disposizione dell'art. 957 c. c. = *882 ll. cc.* in riguardo alla donazione tra vivi rivocabile per causa d'ingratitudine del donatario: in tal caso se il donante non formi la sua dimanda di rivocazione entro l'anno dal commesso delitto o dal giorno in cui potè conoscerlo, si reputa di avere rimessa l'offesa; ed appunto per questo motivo venne stabilita ad un anno la durata dell' azione. Per analogia, diciam noi, dovrebbesi dir puranche che

il testatore non rivochi il legato fra l' anno dal commesso delitto, potendo sì facilmente farlo, deve riputarsi similmente di aver voluto serbarlo e perdonar l' ingiuria. Questo è almeno il parer nostro.

478. Del resto se i debitori del legato lo avessero soddisfatto con cognizione di causa, non potrebbero ripetere. Eseguendo così la volontà espressa del testatore, si sarebbero renduti inamessibili a poter mai impugnare la validità del legato per motivo d' indegnità del legatario.

479. L' art. 1046 c. c. = *1001 ll. cc.* parla di una *dimanda* per rivocazione del legato in modo generale, e senza stabilirne la durata. Sol pel caso in cui il legatario siasi renduto colpevole d' ingiuria grave fatta alla memoria del testatore, l' art. 1047 c. c. = *1002 ll. cc.* dispone che questa dimanda dovrà formarsi entro l' anno dal giorno del commesso delitto.

Se la rivocazione avvenisse per inesecuzione dei pesi apposti al legato, potrebbe senza dubbio esser dimandata nel corso di anni trenta, attesochè non sarebbe più che una specie di azione *sine causa, seu causa data, causa non secuta*, la cui durata è la stessa che nei legati ordinarii, cioè di anni trenta; e gli anni trenta comincerebbero a decorrere dal giorno in cui il legatario avesse cessato di adempiere i pesi; per esempio, se fosse una rendita, dal giorno in cui avesse cessato di somministrarla.

Ma quando trattisi di delitto o d' ingiuria com

messa verso il testatore, avvi maggior dubbio. La prima compilazione del sopraccennato art. 1047 presentata al Consiglio di Stato conteneva due parti, ed èra così conceputa (1): « Qualora la dimanda sia « basata sul fatto che il legatario fosse autore o « complice della morte del testatore, l' erede deve « intentarla fra l' anno dal giorno della morte del « testatore, se la condanna del legatario sia ante- « riore; e dal giorno della condanna, se essa sia « posteriore.

« Se ha per fondamento una ingiuria grave fatta « alla memoria del testatore, dev' esser proposta « fra l' anno dal giorno del commesso delitto ».

Ma Treilhard fece osservare che sarebbe contra l'ordine il lasciare che un assassino goda delle spoglie della sua vittima, sol perchè non fosse stato perseguitato durante un anno.

E Tronchet dimandò che l' azione per perdita di dritti contra il legatario avesse la medesima durata dell' azione per procedimento contra il misfatto da lui commesso.

Per queste osservazioni fu tolta la prima parte del proposto articolo, serbando solamente la seconda, come si trova nel Codice nel citato art. 1047

Risulta evidentemente da ciò che secondo l' idea del Consiglio di Stato, l' azione per rivocazione del

(1) *Conferenze del Codice Civile, con la discussione particolare del Consiglio di Stato e del Tribunato, prima della compilazione diffinitiva di ciascun progetto di legge.* Tomo IV, ediz. di *Firmin Didot*; 1805.

legato, basata sul fatto che il legatario sia autore o complice della morte del testatore non dura soltanto un anno, come l'azione per rivocazione di una donazione tra vivi basata sul medesimo fatto; art. 957 c. c.=*882 ll. cc.* Ma convien notare puranche che unicamente su questo caso spiegossi il Consiglio di Stato; che la disposizione cui dimandò che fosse tolta pronunziava sopra questo solo caso, limitando ad un anno la durata dell'azione: donde bisogna conchiudere che ove si trattasse solo di sevizie, delitti o ingiurie gravi commesse dal legatario verso il testatore, ed anche di attentati alla sua vita, la durata dell'azione, in mano degli eredi, non sarebbe per massima che di un anno, come in materia di donazione tra vivi. Avvi tanto maggior motivo di risolverlo così in quanto che il testatore sopravvisse al fatto di cui il legatario erasi renduto colpevole verso di lui, ed in quantochè avendo conservata la sua disposizione, come bisogna supporlo perchè vi sia luogo alla quistione, è questa una circostanza la quale milita in favore del detto legatario, e che deve almeno fare che egli non sia più rigorosamente trattato per questo riguardo di quel che lo sarebbe se fosse donatario tra vivi.

480. Ma a differenza del caso in cui si trattasse di una donazione tra vivi, il tempo trascorso dal delitto sino alla morte del testatore non sarebbe calcolato contra i costui eredi; mentre che è calcolato contra gli eredi del donante, giacchè essi hanno assolutamente i dritti che il loro autore ave-

va. Or in vita del medesimo il tempo dell' azione per rivocazione correva: in vece che appartenendo al testatore il dritto di rivocare a volontà, non puossi dire che la prescrizione sia cominciata contra di lui, per inferirne che i suoi eredi non abbiano altro che il resto del tempo.

Se gli eredi ignorassero l' esistenza del testamento o l' ingiuria fatta al testatore, egli è chiaro che il tempo non potrebbe cominciare a decorrere contro di essi se non dal giorno in cui ne avessero scienza: *contra non valentem agere, non currit præscriptio.* Le regole intorno al tempo da cui comincia la durata dell' azione di nullità per errore o dolo, nonchè quelle riguardanti il corso del termine fra il quale si può esercitare il ricorso per ritrattazione per documenti scoverti o dolo della parte avversa (art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.* e 488 c. pr. = *552 ll. pr. civ.*) somministrerebbero argomenti innegabili per risolverlo così.

E se il legato fosse sotto una condizione sospensiva non verificatasi in vita del testatore, bisognerebbe similmente dire che il tempo per farlo rivocare comincia a decorrere contra i suoi eredi dal giorno in cui si verifica la condizione; giacchè sino allora non erasi fatto luogo al dritto del legatario: esso poteva divenir caduco per non essersi verificata la condizione; adunque gli eredi non dovevan procedere.

481. Rimane ancora ad esaminarsi un punto. Allorchè un testamento trovasi eseguito riguardo

al legatario che si è renduto indegno, o perchè si trattasse di un legato universale, non vi fossero eredi cui spetti la riserva ed il legatario, impossessato in virtù dell' art. 1006 c. c. = *932 ll. cc.*, stiasi godendo i beni; o perchè gli eredi abbiano fatto il rilascio di ogni altro legato ignorando il fatto d' ingiuria; o in fine perchè dopo il rilascio il legatario abbia commesso un'ingiuria grave alla memoria del testatore: in tutti questi casi è chiaro che la rivocazione non può esercitarsi se non per via di *azione*. Essa consiste nella dimanda per restituzione de' beni, e quest' azione deve intentarsi entro i termini di sopra spiegati.

Ma quando il legato non sia stato eseguito, gli eredi sono mai ugualmente obbligati di *agire* in questi medesimi termini, per far pronunziare la rivocazione o la perdita di dritti? o se possano sempre opporre al legatario, in qualunque epoca si presenti, l' eccezione desunta dal fatto d' ingiuria, per escludere la sua dimanda di rilascio del legato; talchè il dritto di chiedere questa rivocazione o perdita di dritto durerebbe altrettanto che l' azione del legatario, a cui fosse inerente, e per conseguenza tutto il tempo della prescrizione ordinaria, o di anni trenta, per applicazione dell' antico assioma: *quœ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (1)?

---

(1) Vedremo in prosieguo se l'effetto di questo assioma siasi abbracciato dal Codice, almeno implicitamente.

A pro di quest' ultima opinione puossi dire che le parole *dimanda per rivocazione* sieno state adoperate *lato sensu* nell' art. 1046 c. c. = *1001 ll. cc.*, sì per esprimere la rivocazione *dimandata* per via di eccezione opposta all' azione del legatario, che la rivocazione dimandata per via di azione principale promossa dagli eredi. Puossi dire inoltre che questi eredi non si reputano di conoscere il legatario finchè non si faccia egli stesso conoscere con la sua dimanda per rilascio; che forse rendendosi giustizia non richiederà il legato, ch' è forse incapace di raccoglierlo per altri aspetti, che questo legato infine potè divenir caduco per altre cagioni. Or in tutte queste ipotesi una dimanda di rivocazione o perdita di dritti per causa d' indegnità sarebbe evidentemente superflua, ed è probabile che il legislatore non abbia inteso obbligare il debitore del legato ad intentarla per essere dispensato di eseguire simile disposizione.

Queste ragioni sono al certo gravissime: nondimeno da un' altra banda puossi dire che il legatario puro e semplice è investito del dritto, in virtù dell' art. 1014 c. c. = *968 ll. cc.*, fin dalla morte del testatore; che è da quell' epoca proprietario della cosa legata: or, per ispogliarlo di questo dritto, quando il testatore medesimo non abbia rivocato il legato, bisogna stabilire l' indegnità, giacchè essa non impedisce l' effetto di tale investimento. Gli eredi adunque sono sempre per necessità attori per perdita di dritti o rivocazione: per cui allegar deb-

bono nei termini ordinarii la loro pretensione. Ciò fu talmente inteso in questo modo nella sopra riferita discussione, che volendo estendere la durata dell' azione pel caso in cui il legatario sia stato autore o complice della morte del testatore, venne dichiarato che sarebbe consimile a quella dell' azione criminale. Or ciò sarebbe stato ben superfluo nella maggior parte de' casi, cioè in tutti quelli in cui il legato non fosse stato ancora eseguito entro l'anno (ed è difficile il supporre che lo sia in simil caso), poichè l'eccezione che avrebbero avuto gli eredi, secondo la dottrina contrastata, sarebbe pienamente stata bastante per far cadere il legato: sarebbe anche risultata vieppiù vantaggiosa per essi, giacchè avrebbero potuto allegarla in ogni epoca; mentrechè s' intese soltanto prolungare in questo caso la durata della dimanda per rivocazione.

482. Quest' azione spetta a coloro che erano incaricati del legato: ad essi profitta, come quando abbia il testatore egli stesso rivocato. Gli eredi del sangue non vi potrebbero pretendere cosa alcuna nel caso in cui il legato rivocabile non fosse a carico loro, ma a quello di un legatario universale, per esempio.

§. II.

Della nullità e caducità delle disposizioni testamentarie.

483. Le disposizioni testamentarie possono eziandio non conseguire il loro effetto per cagioni diverse da quelle pocanzi spiegate. Le esporremo rapidamente. Quel che prima si è detto ci dispensa dall' impegnarci in maggiori sviluppamenti a tal riguardo.

484. Così, 1.° i legati sono *nulli* per la nullità dell' atto testamentario che li contiene; art. 1001 c. c. = *927 ll. cc.*

485. 2.° Sono similmente nulli allorchè il testatore non aveva la capacità di disporre all' istante in cui fece il suo testamento, o in cui morì (1).

486. 3.° Il legato è caduco allorchè il legatario non sia sopravvissuto al testatore (art. 1039 c. c. = *994 ll. cc.*) ; e spetta a coloro che dimandano il legato in nome del legatario il provare che gli sia sopravvissuto (art. 135 c. c. = *141 ll. cc.*) (2): in guisa pure che le presunzioni di sopravvivenza ricavate dall' età o dal sesso, e stabilite in fatto di successione *ab intestato* dagli art. 720, 721 e 722 c. c. = *641, 642 e 643 ll. cc.*, per determinare, in mancanza di pruove o di circostanze del fatto, quale

(1) *V.* tomo precedente, cap. 2, sez. 1.

(2) *V.* tomo I, n.° 537.

fra le molte persone perite nello stesso infortunio sia quella che sopravvisse all' altra, non possono essere invocate dai rappresentanti del legatario; imperocchè non sono applicabili in materia di disposizioni testamentarie (1). Chi domanda il legato come pervenuto al legatario deve sempre provare *che quest' ultimo sia sopravvivuto al testatore.* Nè basta che non si possa provare contra di lui di esser morto il legatario prima del disponente; deve provare egli stesso che gli sia sopravvissuto.

487. 4.° Il legato è similmente caduco se il legatario sia morto prima che si verificasse la condizione da cui il testatore avea fatto dipèndere l' effetto di esso; art. 1040 c. c. = *995 ll. cc.*

488. 5.° O se mai sia mancata la condizione (*ibid.*); e spetta al legatario il provare di essersi verificata.

489. 6.° È similmente caduco allorchè il legatario sia incapace di conseguirlo (art. 1043 c. c. = *988 ll. cc.*); ed il legatario dev' essere capace al momento della morte del testatore, se il legato sia puro e semplice; o al momento che si verifica la condizione, se sia condizionale (2).

490. 7.° Il rifiuto del legatario di conseguire la disposizione testamentaria la rende similmente caduca; *ibid.*

491. 8.° Il legato può rimanere senza effetto in tutto o in parte in conseguenza della riduzione per

---

(1) *V.* tomo VI, n. 48 e segu.

(2) *V.* tomo precedente, cap. 2, sez. 2 e di sopra n. 311.

somministrar le riserve; art. 925 e 926 c. c. = *842 e 843 ll. cc.*

492. 9. Infine è ugualmente caduco per la perdita totale della cosa legata avvenuta durante la vita del testatore.

Egli è lo stesso se la cosa sia perita dopo la morte senza fatto *o* (1) colpa dell'erede, benchè costui sia stato costituito in mora per lo rilascio, quando essa sarebbe egualmente perita tra le mani del legatario se gli fosse stata rilasciata; art. 1042 c. c. = *997 ll. cc.*

Così nel caso di un designato bue, che sia morto per qualsivoglia causa durante la vita del testatore, il legato è caduco: non è dovuta cosa alcuna, nè il cuoio nè la carne (2).

493. Avvien lo stesso di una nave legata, e che si fosse smontata durante la vita del testatore: non se ne dovrebbero i materiali (3).

Se la nave fosse stata ricostrutta coi medesimi materiali, siccome sarebbe vero il dire allora di essere la stessa nave (4), sarebbe dovuta se sussistesse ancora in tempo che si fa luogo al legato; e i diversi rattoppi che una nave legata avesse sofferto

(1) L'art. 1042 c. c. = *997 ll. cc.* dice senza fatto *e* colpa, ma bisogna dire: fatto *o* colpa, il che è confermato dall'art. 1245 c. c. = *1198 ll. cc.*, e da quanto enuncieremo tra poco sul caso in cui l'erede si fosse posto per *fatto* suo, benchè senza alcuna *colpa* da sua parte, nell'impossibilità di rilasciare il legato.

(2) L. 49. *princip.* ff. *de legat.* 2.°

(3) L. 88, §. 2, ff. *de legat.* 3.°

(4) L. 83, §. 5, ff. *de verb. obblig.* e l. 98, §. 8, ff. *de solut. et liberat.*

non impedirebbero che fosse sempre le medesima nave (1), ed in conseguenza che fosse similmente dovuta. Infine se il testatore avesse smontata la nave nella mira di ricostruirla coi medesimi materiali, benchè la ricostruzione non fosse stata peranco fatta al momento della sua morte, i materiali non lascerebbero di esser dovuti al legatario.

Se avendo il testatore legato della lana, ne abbia formato panno, il legato è estinto (2); ed avvien lo stesso se avendo legato tavole, le abbia adoperate a fare un armadio o a costruire un bastimento (3). In questi casi, la cosa legata si reputa di non più sussistere; il legato è rivocato, come precedentemente lo abbiam detto in generale.

494. Non moltiplicheremo di vantaggio gli esempii, ma faremo osservare:

1.° Che quando la cosa legata sia perita per intero vivente il testatore, non si dovrebbero gli accessorii, ancorchè tuttavia sussistessero (4).

2.° Ma quando la cosa principale sia perita dopo di essersi fatto luogo al legato, gli accessorii che fossero conservati sarebbero ancora dovuti, *quia quod ex re mea superest, meum est:* or il legato era acquistato con tutti i suoi accessorii; mentrechè nel primo caso gli accessorii si sarebbero dovuti solo in ragione della cosa principale, che anch' essa non lo è stato.

(1) L. 10, §. 7, ff. *quib. mod. ususf. amitt.*
(2) L. 88, *princip.*, ff. *de legat.* 3.°
(3) *Ibid.* §. 1.
(4) §. 17, Instit. *de legatis.*

3.° Allorchè una casa legata sia distrutta da un incendio o altra cagione, anche durante la vita del testatore, il suolo è ancor dovuto al legatario (1); mentrechè il legato dell' usufrutto della casa sarebbe estinto con la distruzione della medesima; art. 624 c. c. = *549 ll. cc.* (2).

E se siensi legate cento bottiglie di vino della tale botte, e se ne trovino meno, ciocchè resta è dovuto (3).

4.° Quando il legato comprenda molte cose distinte per gl' individui, come il legato di un gregge, ciocchè rimane del gregge a morte del testatore è dovuto, quando anche vi fosse un solo animale (4). Il dritto romano disponeva in contrario (5). Nel caso del legato dell' usufrutto di un gregge, il legato era estinto allorchè più non sussisteva un numero di capi bastante a formare un gregge (6), e questo numero era dieci secondo la legge *ult.* ff. *de abigeis*. L' usufrutto si sarebbe ugualmente estinto se il numero de' capi si fosse diminuito durante il godimento dell' usufruttuario, a segno di non più formare un gregge: si sarebbe riputato eziandio di non più sussistere la cosa sottoposta all' usufrutto,

(1) L. 22, ff. *de legat. 1.°*

(2) L. 10, §. 1, ff. *quib. mod. ususf. amitt.*

(3) L. 2, ff. *de legatis* 8, §. 2.

(4) §. 18, Instit. *de legatis*; l. 22, *de legat. 1.°*

(5) L. *ult.*, ff. *quib. mod. ususf. amitt.*

(6) Assegnammo la ragione di questa differenza nel tomo IV, n. 688, nota 2.

Ma l'art. 616 c. c = *541 ll. cc.* non permetterebbe che si dicesse così nel nostro dritto (1).

5.° Se l'erede sia stato posto in mora di rilasciare la cosa legata, è risponsabile della perdita, ammenochè non provi che la cosa sarebbe ugualmente perita in mano del legatario nel caso in cui gli fosse stata rilasciata, il che si stimerebbe secondo le circostanze; imperocchè se il legatario faceva commercio di cose simili, e si potesse ragionevolmente supporre che avrebbe venduta quella ch' eragli stata legata, l'erede gli dovrebbe una indennità, la quale sarebbe stabilita a giusto arbitrio secondo la qualità della cosa e le altre circostanze del fatto (2)

6.° Se il debitore del legato siasi per fatto suo posto nella impossibilità di rilasciarlo, ne deve il prezzo, ancorchè non gli si potesse apporre colpa alcuna, ma fosse stato posto in mora e non si fosse egli arricchito con disporre della cosa: per esempio, allorchè ignorando il testamento che lo gravava del legato, abbia donato a qualcuno la cosa mobile che erane l' oggetto, o abbia distrutto un quadro legato, ec. ec. (3). Niuno può liberarsi col suo fatto in detrimentodel creditore.

495. Nei casi di caducità del legato (eccettuati però quelli in cui la cosa sia perita), la caducità profitta, come la rivocazione, a quello o a quelli

(1) *V. ibid.*, detto n.° 688. e n.° 630.

(2) L. 47, §. *ult. de legat.* 1.° *V.* pure la l. 40, *princip.*, ff. *de heredit. petitione.*

(3) §. 16, Instit. *de legat.*; l. 12, ff. *de auro arg. legat.*; l. 63. ff. *de legat.* 2.°

che sarebbero stati tenuti del legato, e non necessariamente agli eredi legittimi. Talchè quando anche vi fossero eredi cui spetta la riserva, la caducità di un legato particolare profitterebbe al legatario universale, poichè secondo l'art. 1009 c. c. = *935 ll. cc.*, erane quest' ultimo incaricato (1). Ed avverrebbe così della caducità di un legato a titolo universale: questo legato, per effetto della stessa regola, rimarrebbe nel legato universale, di cui era una *delibazione* (2); il tutto, salvo il caso di sostituzione volgare, e l'effetto del dritto di accrescere, di cui siam per parlare nel paragrafo seguente.

§. III.

Del dritto di accrescere fra i legatarii ed i donatarii

496. Le regole da noi sviluppate intorno alla rivocazione e caducità delle disposizioni testamentarie non ostano che queste disposizioni ricevano nondimeno il loro pieno effetto in taluni casi.

Così quando il testatore abbia chiamato un'altra persona a raccogliere l'eredità o il legato pel caso in cui l'erede istituito o il legatario non raccogliesse ed in fatti questo caso siasi effettuato, il terzo raccoglierà il beneficio della disposizione se riunisca in

(1) Così giudicato dalla Corte di cassazione nel 20 luglio 1809; *Sirey*, 1809, 1, 303.

(2) Ricard, parte 3.a, n.° 501.

persona sua tutte le condizioni richieste dalla legge, e se inoltre la disposizione non sia stata rivocata a suo riguardo, o non sia divenuta ugualmente caduca per riguardo a lui. È questa la sostituzione volgare, autorizzata dall'art. 898 c. c.=*936 ll. cc.*, e di cui parlammo nel tomo precedente, n.o 35 e seguenti.

497. Nei casi eziandio in cui vi sia luogo al dritto di accrescere, la circostanza che uno degli eredi istituiti o de' legatarii non raccolga il beneficio della disposizione, o perchè sia incapace, o perche sia stata essa rivocata a suo riguardo, o perchè la rifiuti, o perchè sia morto prima del testatore, o infine perchè sia mancata la condizione ch' eragli stata imposta; questa circostanza, diciamo, nè tampoco impedisce che la disposizione riceva la sua piena ed intera esecuzione a vantaggio degli altri eredi o legatarii, se non sia ugualmente divenuta caduca per riguardo ad essi.

498. Il dritto di accrescere ha per fondamento la presunta volontà del testatore, reputandosi di aver egli preferito, circa alla cosa legata, le persone alle quali l'avea similmente legata, a coloro che aveva gravati della soddisfazione del legato.

499. Ma allorchè al dritto verso il legato siasi fatto luogo in persona del tale o tal altro de' legatarii, questo dritto è divenuto trasmissibile ai suoi eredi, quando anche il legatario sia morto prima della divisione della cosa, o anche prima di ogni dimanda per rilascio (art. 1014 c. c.=*968 ll. cc.*)

e non può essere più quistione dell' accrescimento per ciò che concerne la sua parte.

500. Poggiando le regole intorno a questa materia su congetture soltanto e presunzioni d' intenzione del testatore, furon sempre riguardate come assai spinose e sottili. Quelle che offrono gli art. 1044 e 1045 c. c. = *999 e 1000 ll. cc.* son lungi anch'esse di aver appianato le difficoltà. Eccone le parole:

« Avrà luogo il dritto di accrescere a vantaggio « de' legatarii , se il legato è fatto a più persone « congiuntamente.

« Si reputa fatto congiuntamente il legato quan- « do dipenda da una sola e medesima disposizione, « e quando il testatore non abbia assegnato la parte « di ciascun collegatario nella cosa legata; art. 1044 « c. c. = *999 ll. cc.* (a).

(*a*) Il consiglier Sollima nella Camera di Grazia e Giustizia dell'abolito Supremo Consiglio di Cancelleria espose sull' articolo 1037 del progetto (che corrisponde all'articolo 999 delle leggi civili) le seguenti osservazioni : *Il dritto di accrescere avea luogo sempre nei congiunti* re et verbis *ossia* mixtim. *Gl' interpetri quistionavano se ciò dovesse aver luogo anche nelle altre congiunzioni* re o verbis tantum. *I due articoli del progetto troncando questa controversia , accordano il dritto di accrescere frai congiunti* re et verbis *ossia* mixtim , *e lo negano frai congiunti* verbis tantum *ovvero* re , *eccetto che la cosa data in legato sia indivisibile.*

Il dritto di accrescere era nel foro una nozione di fina metafisica. Questo dritto dava luogo a controversie e litigi infiniti. I Romani crederono di toglierli colla circonlocuzione delle loro leggi, ma questa loro circonlocuzione quante quistioni forensi promoveva? Ineffetti il celebre Cuiacio trattò d' imbecilli coloro che raccolsero le leggi romane per dar luce a questa materia, la quale fu dalle stesse più ottenebrata. Nel nostro progetto si dice: « Si reputa fatto

« Si reputa anche fatto congiuntamente il lega-
« to, quando una cosa la quale non è divisibile

---

congiuntamente l' instituzione, o il legato quando dipende da una sola e medesima disposizione «. *Queste espressioni suscitano l'idea del dritto romano, che faceva tutto dipendere dalla locuzione, e dalle formole. Opinerei di togliersi tali parole, e far dipendere la congiunzione dalla sola volontà del testatore che sarà dimostrata nell'assegno della quota di ciascun coerede collegatario, o nella cosa legata.*

Il consiglier Sarno aggiunse: « *Dovrebbe a mio avviso, dichiararsi che secondo le leggi in vigore il dritto di accrescere abbia luogo*: 1.° *nelle successioni legittime per ministero della legge, a termini degli articoli 731, 732, 734 e 735 del progetto (* corrispondenti agli articoli 703, 704, 706 e 707 delle leggi civili*) : 2.o nelle successioni testate, ossia nelle istituzioni, legati o sostituzioni permesse: 3.° che nei legati di usufrutto, ovvero nella istituzione di erede del solo usufrutto, il dritto di accrescere abbia luogo secondo le regole stabilite per le istituzioni e pei legati, essendosi aboliti i principii del dritto romano a questo riguardo.*

Il consiglier Magliano sulle riflessioni del consiglier Sollima avvertì che *il far dipendere il dritto di accrescere dalla sola volontà del testatore farebbe sì che tutto dipenderebbe dall' arbitrio del giudice, il quale ha bisogno di una norma; che la diversità delle scritture sia un argomento valevole della diversa volontà; che non bisognava preterire alcune giudiziose regole dettate dalla saggezza de' legislatori dinotanti la congiunzione o disgiunzione, che quella in esame sia la norma più naturale, ricavata da una sana critica, e nella quale regola secondo che avvertono* Jaubert *e* Favard *nell' esposizione dei motivi degli articoli 1044 e 1045 dell' abolito codice civile francese, racchiudesi l' antica teoria del dritto di accrescere, la quale aveva prodotto difficoltà innumerevoli, opinioni, e discussioni sottili più proprie ad illudere, che ad illuminare sopra tale materia che sembrava inestricabile.*

Relativamente poi alla mozione del consiglier abate Sarno, rispose « *potersi anche dichiarare che il dritto di accrescere può aver luogo pure nelle donazioni de' beni futuri permesse soltanto nel contratto di matrimonio, le quali vengono considerate come istituzioni contrattuali, ma che non possa però aver luogo nelle donazioni*

» senza deterioramento, sia stata collo stesso atto « legata a più persone anche separatamente; art. « 1045 c. c. = *1000 ll. cc.* ».

---

irrevocabili tra vivi, dappoichè nel caso di non accettazione o d' incapacità del donatario, i beni rimangono presso il donante, il quale si reputa di non essersene spogliato.

Il consiglier Sollima rispose, così: *Le dichiarazioni chieste da' preopinanti sono applicazioni e conseguenze dottrinali delle disposizioni legislative già stabilite. Lo stesso potrebbe dirsi, a ragion di esempio, delle seguenti altre regole: 1. che nel detto articolo 1037 del progetto si parla della congiunzione* re et verbis; *2. che nell'1038 dello stesso progetto si tratta della congiunzione* re tantum; *3. che quindi le novelle leggi non conoscono i congiunti* verbis tantum, *percui in quest' ultimo caso non vi sarebbe luogo al dritto di accrescere. Potrebbero aggiungersi anche altre norme riguardo alla concorrenza de' diversi legatarii congiunti* re et verbis, *e congiunti* re tantum, *a quei compresi collettivamente, al modo di divisione della porzione che si accresce, la quale va divisa colla medesima proporzione con cui si divide la cosa legata, ed all'obbligo verso gli altri collegatarii di adempire agli stessi pesi gravitanti sul legatario, per la mancanza del quale si è dato luogo al dritto di accrescere; ma tutte queste regole non sono che sviluppi e conseguenze de' principii di dritto già stabiliti, i quali per essere puramente dottrinali non meritano la sanzione legislativa.*

Il consigliere Pasqualini disse, *che sembravagli di essersi andato agli estremi. Il dritto romano si diffondeva molto sulla materia del dritto di accrescere, contenendo disposizioni forse anche contraddittorie, per cui* Cujacio *accusò d' imperizia e di negligenza i compilatori del Digesto. L' attuale progetto era oltremodo sterile e succinto per la delicata materia, la quale richiedeva maggiori spiegazioni. Conchiuse di doversi delle suddette osservazioni dei tre consiglieri* Sarno, Magliano e Sollima *fare l'oggetto di particolari disposizioni legislative da servire di guida e di norma nell'applicazione de' principii generali.*

La detta Camera di Grazia e Giustizia fu di avviso di non doversi portare innovazioni sui menzionati due articoli del progetto, perchè le dichiarazioni, che si desideravano si attenevano all'applicazione delle regole generali racchiuse nei detti due articoli, che deve farsi dai tribunali in conformità degli altri principii stabiliti nelle nostre novelle leggi. Trad.

501. Quindi nel primo caso, perchè vi sia luogo al dritto di accrescere, è d' uopo,

1.° Che il legato siasi fatto a più persone;

2.° Che una di esse non lo consegua;

3.° Che il legato sia stato fatto di una medesima cosa, o di una medesima parte di una cosa;

4.° Che lo sia stato con una sola e medesima disposizione;

E 5.° infine che il testatore non abbia assegnato a ciascun legatario la di lui parte nella cosa legata.

È questo il caso della congiunzione *re et verbis* de' Romani, di cui è parola nelle ll. 89, ff. *de legatis* 3.°, e 142, ff. *de verborum significatione*.

Del resto è indifferente in questo caso, anche secondo il Codice, che la cosa legata sia divisibile o indivisibile, che sia materiale o intellettuale, e che il legato sia della intera eredità o d' un oggetto particolare.

502. Ma che mai intendesi nel citato art. 1044 per *assegnazione a ciascun legatario della sua parte nella cosa legata*, perchè non vi sia luogo al dritto di accrescere? Si ebbe in mira soltanto il caso in cui il testatore gli avesse assegnato parti materiali nella cosa, come se avesse detto: *Lego a Primo ed a Secondo la mia terra di . . ., a Primo la parte a dritta della strada, ed a Secondo la parte a sinistra*? no al certo; giacchè evidentemente vi sarebbero due legati distinti per le cose come per le persone, e niun dubbio sull' esclusione del dritto di accrescere poteva elevarsi

in simil caso; non mai fu ammesso in questa ipotesi (1).

Nettampoco si potette avere in mira il caso soltanto in cui il testatore, abbenchè unendo i diversi legatarii colla medesima proposizione, loro avesse nondimeno assegnato porzioni ineguali; per esempio, ad uno il terzo, ed all'altro i due terzi. Imperocchè, quantunque non avesse in tal modo diviso egli medesimo materialmente la cosa legata, avrebbe nondimeno divisa la disposizione; avrebbe fatto molti legati, poichè sarebbe impossibile il dire di aver donato assolutamente a ciascun legatario ciò che donò all' altro, la qual condizione è nondimeno richiesta perchè vi sia luogo al dritto di accrescere. Quindi le leggi romane non ci offrono esempio alcuno di un caso simile in cui fosse ammesso questo dritto in materia di legati.

Se avveniva diversamente in fatto d' istituzione di erede, era per una ragione particolare estranea alla nostra legislazione, era perchè niuno, ad eccezione de' militari, morir poteva *partim testatus, partim intestatus.*

Adunque nell'esclusione del dritto di accrescere i compilatori del Codice ebbero in mira il caso benanche in cui il testatore avesse assegnato parti simili ai diversi legatarii di una medesima cosa, il qual caso è il solo, stante la divergenza d'opinioni sul modo onde talune leggi romane erano state interpetrate nella nostra antica giurisprudenza, che presentasse veri dubbii.

(1) *V.* la l. 1, *princip. ff. de usuf. accresc.*

Spieghiamoci.

503. Secondo la legge 142, ff. *de verb. signif.*, di sopra citata, vi sono tre casi di *congiunzioni*:

1.° Quella in cui gli eredi sono istituiti per mezzo di proposizioni separate, e chiamansi *conjuncti re tantum*;

2.° Quello in cui sono istituiti con una sola e medesima proposizione, senza assegnazione di parti, e diconsi *conjuncti re et verbis simul, seu mixtim*;

3.° In fine quello nel quale sono istituiti con assegnazione di quote parti: *veluti Titius et Mævius ex parte dimidia heredes sunto*. È questo il caso della congiunzione *verbis tantum*; ed il giureconsulto Paolo, autore di tale legge, ammette pure il dritto di accrescere in quest' ultima ipotesi. Ma, come pocanzi abbiam detto, esso aveva luogo *ex necessitate* in materia d' istituzione d' erede, giacchè il testatore non poteva morire *partim testatus*, *partim intestatus*: or in questa legge trattasi d'istituzione di erede.

Il medesimo giureconsulto si esprime nondimeno sul caso di legato nella l. 89, ff. *de legat.* 3.°, e dice che i legatarii son *conjuncti*, non per la cosa, ma per le parole, *verbis tantum*, allorchè il testatore abbia ad essi legato lo stesso effetto con dichiarazione di parti uguali: *item verbis, non etiam re, Titio et Seio fundum æquis partibus do, lego*; e ne assegna questa ragione: *quoniam semper partes habent legatarii*. Ma non è dessa, propriamente parlando, un' assegnazione di

parti a ciascun legatario ; è semplicemente una dichiarazione di volontà che essi avranno dritti uguali nella cosa legata : non è una divisione della cosa, come tra poco dimostreremo.

Infine Ulpiano, nella L. 16, §. 2, ff. *de legatis* 1.º, sembra non ammettere il dritto di accrescere, allorchè il testatore abbia assegnato *parti virili* ai legatarii, se non quando tale sia stata la volontà del testatore : *Si Titio et posthumis legatum sit, non nato posthumo, totum Titius vindicabit.* Fino a questo punto non è altro che il caso della congiunzione *re et verbis simul*, che non offre alcun dubbio ; ma il giureconsulto prevede pur quello della congiunzione *verbis tantum*, cioè con assegnazione di parti virili, e soggiunge: *sed et si testator Titio et posthumis viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur, non nato posthumo.*

Taluni dottori inferirono da siffatto testo che il dritto di accrescere avesse luogo generalmente anche in materia di legati, quantunque il testatore avesse assegnato parti virili (o quote parti) ai legatarii.

Ma Pothier (1), Cuiacio e parecchi altri profondi giureconsulti rigettano questa interpetrazione, e prendono anche per fondamento il cennato testo, il quale, dicono essi, dispone sopra un caso in cui il testatore avesse manifestata la sua volontà che

---

(1) *Ad Pandectas*, tit. *de legat. et fideicom.*, n° 422.

vi fosse diritto di accrescere. Da ciò essi conchiudono che regolarmente non era ammesso in questa specie di congiunzione la quale risulta soltanto dalla riunione de' legatarii in una sola proposizione o clausola, senza che siavi una medesima cosa legata a ciascun di essi. Imperocchè in fatti il testatore ha così diviso egli stesso il dritto fra questi diversi legatarii, daudo loro parti virili, mentre quella che ha data ad uno non è stata data all'altro: ha soltanto dato al medesimo una parte simile, e la similitudine esclude l' identità. Or perchè siavi luogo al dritto di accrescere, bisogna che tutti i legatarii sieno stati chiamati ad una medesima cosa, o materiale o intellettuale, o ad una medesima parte di una cosa.

E tale era la dottrina generalmente seguita nei paesi di dritto consuetudinario, è dessa quella che i compilatori del Codice intesero di far prevalere. Siccome questo caso era il solo che desse luogo alla controversia, è principalmente quello che essi ebbero in mira nel nostro art. 1044 c. c.=*999 ll. cc.* dicendo: « Si « reputa il legato fatto congiuntamente, quando « dipenda da una sola e medesima disposizione, *e* « *quando il testatore non abbia assegnata la* « *parte di ciascun collegatario nella cosa legata*».

504. Riconosciuta così la massima, trattasi di farne una giusta applicazione.

In primo luogo, è chiaro che non si applicherebbe al caso in cui il testatore avesse semplicemente detto: *Lego i miei beni ai figli di mio fratello* IN PORZIONI UGUALI.

La morte di un figlio avvenuta prima di quella del testatore non impedirebbe che la totalità della cosa legata appartenesse agli altri, e quelli i quali fossero sopraggiunti dopo il testamento, vi avrebbero ugualmente dritto. Avendo nominato i figli di suo fratello in modo collettivo, senza designazione speciale, il legato sarebbe fatto unicamente a vantaggio di quelli ch'esistessero o che fossero conceputi al momento della sua morte. E prenderebbero costoro la parte che avrebbero avuto i premorti, meno per effetto del dritto di accrescere, basato sopra una presunta volontà, che per la natura medesima della disposizione, e per effetto di chiara e precisa volontà. I figli si reputerebbero sostituiti volgarmente tra essi.

505. E non ancora in tutti i casi in cui i legatarii fossero nominati individualmente la semplice menzione di parti osterebbe al dritto di accrescere; imperocchè questa menzione non impedisce sempre che il legato si reputi fatto congiuntamente. Al contrario convien distinguere a tal riguardo tra il caso in cui la dichiarazione del defunto intorno alle parti cada soltanto sull'esecuzione della disposizione, sulla divisione, ed il caso in cui cada sulla disposizione stessa (1).

506. Quindi si conviene che se abbia detto : *Istituisco Primo, Secondo e Terzo miei legatarii, ciascuno per un terzo*, vi sieno tre legati,

---

(1.) Noi avemmo già occasione di spiegar ciò, nel titolo *dell' Usufrutto*, tomo IV, n.° 500.

tre legati a titolo universale, e perciò niun possibile dritto di accrescere.

Si convien pure che la dichiarazione intorno alle parti cadrebbe sulla istituzione stessa, e sarebbe una vera assegnazione di parti nel senso dell' art. 1044 c. c. = *999 ll. cc.*, quantunque il testatore avesse detto: *Istituisco Primo, Secondo e Terzo miei legatarii* UNIVERSALI, *ciascuno per un terzo* (1)

Ovvero, *istituisco ciascuno per un terzo legatarii* DI TUTTI I MIEI BENI, *Primo*, *Secondo e Terzo.*

Dappoichè in sostanza queste due disposizioni, benchè abbiano da prima per oggetto l'universalità de' beni in termini espressi, non differiscono dalla prima, ch'è ugualmente di tutti i beni, mentre non n'è eccettuata cosa alcuna, ed in tutte e tre vi sia assegnazione di parti che cade sull'istituzione stessa, cadendo sulla cosa che n'è l'oggetto. Avvi dunque in realtà tre legati a titolo universale, e ciascuno del terzo de' beni, tre legati costituenti ciascuno una quota specialmente e formalmente determinata dallo stesso testatore, il quale ha così divisa la sua disposizione. Or, come si è già detto, perchè vi sia luogo al beneficio dell' accrescimento, bisogna che il legatario il quale lo invoca possa dire che la parte vacante eragli stata legata parimenti che all'altro legatario. L' espressione *universali*,

(1) *V.* la decisione della Corte di Torino, del 23 agosto 1808; *Sirey*, 9, 2, 374.

di cui fece uso il testatore era impropria, e non altro.

507. Ma se il defunto non intese di assegnare a ciascun legatario la di lui parte nella cosa legata, per farne un legato distinto, se siasi limitato a dichiarar semplicemente la sua volontà che essi avessero dritti uguali, non puossi dire che abbia diviso egli stesso la sua disposizione e fatto molti legati. La giurisprudenza ha ben saputo ciò distinguere dai casi precedenti.

Così in una specie in cui il testatore avesse detto: *Istituisco per miei eredi generali ed universali Plantè e le sue due sorelle, miei tre nipoti, per godere fra essi e disporre della mia intera eredità, dopo la mia morte,* IN PORZIONI UGUALI, *a loro volontà, pagando i miei debiti,* la Corte di cassazione (1), riformando una decisione della Corte di Agen, giudicò che la dichiarazione del testatore intorno alle parti non cadeva sulla istituzione stessa, ma soltanto sull'esecuzione della disposizione, sulla divisione, ed in

(1) *V.* l'arresto del 19 ottobre 1808; *Sirey*, 9, 1, 31. La medesima Corte sancì di nuovo le stesse regole con arresto di rigetto del 18 ottobre 1809; (*Sirey*, 10, 1, 57), e con arresto di cassazione nel 14 marzo 1815; *Sirey*, 15, 1, 267.

Nella specie dell'arresto del 18 ottobre 1809 non trattavasi, è vero, del dritto di accrescere, ma soltanto della quistione se fossero i legatarii obbligati a dimandare il rilascio come legatarii a titolo universale, e fu deciso negativamente: vennero considerati quai legatarii universali chiamati ad un solo e medesimo legato, e siccome non vi erano eredi cui spettava la riserva, si dichiararono impossessati di pieno dritto, senza essere in obbligo di dimandare il rilascio, in conformità dell'art. 1006 c. c. = 931 ll. cc.

conseguenza che eravi luogo al dritto di accrescimento della parte di un collegatario, il quale era morto prima del testatore, a quelle de' suoi collegatarii.

La Corte determinossi pel motivo che il fratello e le sorelle *Plantè* erano da prima istituiti *eredi universali* con una sola e medesima disposizione, senza assegnazione di parte a ciascuno in questa istituzione; che lo erano per *godere fra essi e disporre dell' intera eredità*, il che rendeva congiuntiva l'istituzione, la quale, secondo la Corte suprema, non era stata denaturata, nè alterata dall'addizione *in parti uguali*, attesochè con ciò il testatore non avea voluto fare tre legati, ma soltanto dichiarare la propria intenzione che i suoi *eredi universali*, come gli aveva egli stesso nominati, ottenessero dritti uguali nella divisione; che quindi la menzione riguardante le parti non cadeva sulla istituzione o disposizione, ma unicamente sull' esecuzione di queste disposizioni, sulla divisione: come se il testatore avesse semplicemente voluto stabilire ciocchè doveva aver luogo nel caso in cui i suoi tre legatarii *universali* raccogliessero la liberalità, la qual dichiarazione il dritto comune rendeva al certo superflua, ma che non bastava a trasformare un legato unico ed universale, nell' idea del disponente, in tre legati a titolo universale.

La Corte rigettò così l' applicazione che volevasi fare dell' assioma *expressa nocent*, *non expressa non nocent*, e della regola che nella specie gli da-

va forza, doversi intendere una clausola capace di due sensi, in quello col quale può aver qualche effetto, piuttostochè in quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno; art. 1157 c. c. = *1110 ll. cc.* Imperocchè a' fianco di questa regola vi è un' altra massima la cui spiegazione è soprattutto richiesta in materia di testamento; e questa massima vuole che si debba indagare principalmente l'intenzione delle parti, anzi che attenersi al senso letterale delle parole; art. 1156 c. c. = *1109 ll. cc.*

Ci uniformiamo a questa dottrina. L' *assegnazione* di queste quote parti, anche uguali, a ciascun legatario, come la metà, il terzo, il quarto, opera divisione della disposizione, e fa altrettanti legati per quante parti assegnate vi sono; ma la semplice *dichiarazione* di dritti uguali nella cosa legata cade soltanto sulla divisione, e non sull' istituzione stessa, la quale non perde il suo carattere d' istituzione universale solo perchè sia fatta per porzioni uguali, *ex æquis partibus.* Tale dichiarazione era al certo superflua, ma ogni menzione superflua in un atto, e soprattutto in un testamento, non deve per necessità interpetrarsi in un senso che altererebbe la natura di questo atto. Se avviene altrimenti allorchè il testatore abbia espresso quote parti che nondimeno sarebbero state le stesse quantunque egli non si fosse spiegato, è perchè di fatto avvi altrettanti legati per quante parti o legatarii vi sono: è questa una vera assegnazione a ciascun di essi della sua quota nella cosa legata, e

l'art. 1044 c. c. = *999 ll. cc.* elimina allora il dritto di accrescere, giacchè la parte assegnata ad un legatario gli è attribuita esclusivamente agli altri, mentre essi non son più ugualmente chiamati alla *medesima cosa.* Ma quando, con una prima proposizione completa abbia egli fatto da principio una istituzione universale, come nella suddetta specie, e volendo di poi manifestare la volontà che i suoi legatarii abbiano dritti uguali, o per ignoranza della legge, o per prevenire controversie e dimande di collazione, determina le parti nella divisione soltanto, la disposizione non ha perduto perciò la sua caratteristica di disposizione universale.

508. Il secondo caso in cui il Codice ammette il dritto di accrescere fra i legatarii della medesima cosa presenta pure, a parer nostro, maggior dubbio del primo.

Come più sopra si è detto, l'art. 1045 c. c. = *1000 ll. cc.* reputa il legato fatto congiuntamente, ed ammette in conseguenza il dritto di accrescere, « quando una cosa *la quale non è divisibile* « *senza deterioramento* sia stata *collo stesso* « *atto* legata a più persone *anche separatamente*».

È questo il caso della congiunzione *re tantum* del dritto romano.

Ma quel che importa di notare, si è che in tal caso le leggi romane ammettevano il dritto di accrescere, o piuttosto di non decrescere, sia che la cosa fosse perfettamente divisibile, sia che fosse indivisibile; ed avveniva così anticamente anche nei

paesi di dritto consuetudinario. Mentrechè secondo questo articolo, sembra che il beneficio dell'accrescimento debba aver luogo sol quante volte la cosa legata non sia divisibile senza deterioramento.

509. Pare eziandio che il Codice non ammetta il dritto di accrescere se non nel caso in cui le due disposizioni siensi fatte col medesimo atto; in vece che nelle antiche regole era similmente ammesso quantunque i due legati fossero stati fatti con atti diversi, basta che non vi fosse trasferimento del legato della prima alla seconda persona; e vi sarebbe stato trasferimento se il testatore avesse detto: *Ciocchè ho legato a Sempronio lo lego a Tizio* (1); ovvero se avesse detto: *Lego a Tizio la casa che ho legato a Sempronio* (2); e sarebbe stato indifferente ancora che i due legati si fossero fatti nel medesimo testamento, o che uno di essi si fosse contenuto in un testamento, e l'altro in un codicillo (3). Ma se, dopo di avere il testatore legata la sua casa a Sempronio, si fosse limitato a dire, anche in un atto posteriore, *lego la mia casa a Tizio*, senza menzionare di averla già legata ad un altro, le due disposizioni avrebbero potuto avere il loro effetto: l'ultima non avrebbe rivocata la prima. I due legatarii sarebbero stati congiunti per la cosa, *re tantum*, talchè se uno di essi non avesse raccolto,

---

(1) *Quod Titio legavi, id Sejo do, lego*; l. 5, ff. *de adimend. vel transf. legat.*

(2) §. 1, *Instit. de adempt. leg.*

(3) *Ibid.*

l'altro avrebbe avuto l'intero per effetto anche della disposizione che glielo attribuiva: lo avrebbe avuto *potius jure non decrescendi*, *quam jure accrescendi*; e se i due legatarii avessero raccolto, dividevano la cosa, *quia eorum concursu partes fiebant*.

All' opposto, vigente il Codice, che seguì a tal riguardo le regole generalmente ammesse nei paesi di dritto consuetudinario, allorchè il secondo legato si trovi in un atto posteriore, rivoca il primo, per effetto dell' incompatibilità delle due disposizioni, tranne dichiarazione di contraria volontà da parte del testatore; e lo rivocherebbe quando anche il disponente non avesse detto: *Lego a Tizio la casa che ho legato a Sempronio*, ma semplicemente: *Lego a Tizio la mia casa.* Imperocchè, giusta l' art. 1036 c. c.=*991 ll. cc.*, le nuove disposizioni incompatibili con le precedenti annullano queste, quantunque il testatore non abbia in espresso modo dichiarato di rivocare i suoi anteriori testamenti. Or in nessun altro caso che in quello di cui trattasi può rinvenirsi più manifesta l' incompatibilità.

510. Ma perchè mai non si serbò almeno il diritto di accrescere puramente e semplicemente allorchè le due disposizioni sien contenute nello stesso atto? Perchè mai si richiese a tal uopo che la cosa non fosse divisibile senza deterioramento? Sarebbe impossibile assegnarne una plausibile ragione. Eravi in fatti vie maggior motivo di ammetterlo

in questo caso che in quello in cui il testatore abbia legato la cosa a tutti con una sola e medesima disposizione, anche senza assegnar le parti; giacchè esse sono implicitamente assegnate; lo sono col fatto stesso. In somma se volevasi che il dritto di accrescere avesse luogo solo in considerazione dell' indivisibilità della cosa legata, conveniva richiedere questa condizione piuttosto nel caso dell' art. 1044 c. c. = *999 ll. cc.* che in quello dell'art. 1045 c. c. = *1000 ll. cc.*: se ne concepirebbe il motivo nel primo, ma non si comprende nel secondo.

Parimenti un distinto giureconsulto (1) intende questo art. 1045 in un senso diverso da quello naturalmente offerto dalla sua compilazione.

A parer suo, non tratterebbesi in questo articolo del caso in cui la medesima cosa si fosse legata a più persone con disposizioni separate, o, in altri termini, del caso della congiunzione *verbis tantum*: questo caso, egli dice, non soffrendo alcun dubbio, non richiamò anche l' attenzione de' compilatori del Codice, i quali occuparonsi soltanto a determinare il dritto di accrescere, e non trattasi del vero dritto di accrescere quando ciascun legatario abbia ricevuto la cosa per intero con una disposizione speciale, senza concorrenza con un altro legatario in questa medesima disposizione. In verità se tale legato sia stato fatto ad un'altra persona, ciascun legatario è obbligato a contentarsi

(1) Proudhon, nel suo *Trattato dell' usufrutto.*

di una parte, come nel caso in cui sieno stati chiamati entrambi alla medesima cosa con una sola e medesima proposizione, ma ciò è *ex necessitate, et quia concursu eorum partes fiunt*; il che non vuol dire tuttavolta, allorchè un legatario non consegua il legato, che l'altro abbia il tutto per diritto di accrescere, poichè lo aveva già per le parole stesse della disposizione: perciocchè è desso piut tosto il non decrescere che un accrescere.

Quindi, secondo la dottrina di quel giureconsulto, la quale in effetti ha per fondamento le vere regole, art. 1045 c. c. = *1000 ll. cc.*, avrebbe soltanto per iscopo di estendere il beneficio del dritto di accrescere ad un caso in cui il precedente articolo non l'ammette, cioè di estenderlo al caso in cui il testatore abbia assegnato a ciascun legatario la di lui parte nella cosa legata, ma allorchè la cosa non sia divisibile senza deterioramento.

E per motivare questa interpetrazione, dice che le parole infine del cennato art. 1045, *anche separatamente*, esprimano il caso di un legato fatto a più persone con assegnazione ad ogni legatario della parte sua nella cosa legata; che nello spirito dell'articolo sieno sinonime di queste: *con parte assegnate.*

Infine, continua egli con lo stesso modo d'interpetrare, questo articolo suppone sì evidentemente di non essersi inteso parlare di un altro caso che di quello della congiunzione *verbis tantum* (ma nella ipotesi in cui la cosa fosse indivisibile), che co-

mincia con questa espressione: *esso* (il legato) *si reputerà anche fatto congiuntamente*, ec. Or nel caso in cui i legatarii sieno chiamati alla medesima cosa con disposizioni distinte, siccome vi sono molti legati, non puossi dire di esser questa l'ipotesi di *un legato* fatto congiuntamente, poichè avvi altrettanti legati quante sono le disposizioni, benchè abbiano tutte per oggetto la stessa cosa. Quindi i legatarii in tal caso son chiamati *disjuncti*, nella dottrina, e non *conjuncti*.

Certamente questa interpetrazione sarebbe più uniforme alle regole di quel che lo è la disposizione del detto art. 1045 intesa nel senso che essa presenta grammaticalmente; ma cotesto senso è tanto chiaro da non potersi supporre che le parole *anche separatamente*, le quali trovansi in fine dell' articolo, significhino soltanto *con assegnazione di parti*. Tale non è il loro senso naturale e grammaticale. Esse esprimono disposizioni *separate*, bisogna confessarlo, o il caso della congiunzione *re tantum*: ciò è verissimo, e viene altronde confermato appieno dal confronto delle altre espressioni *collo stesso atto*, che le precedono. Imperocchè se, come pretendesi nella dottrina che con pena confutiamo, queste parole *anche separatamente* dovessero intendersi di una sola disposizione fatta con assegnazione di parti, era inutile parlare *di uno stesso atto*, mentre soltanto in uno stesso atto poteva trovarsi una sola e medesima disposizione, non importa se con assegnazione di pa

o senza. Adunque queste ultime espressioni non permettono di credere che i compilatori del Codice abbiano avuto in mira, in tale art. 1045, unicamente il caso di una sola e medesima disposizione con assegnazione di parti in una cosa indivisibile: esse sarebbero del tutto soprabbondanti, o per dir meglio ridicole.

Aggiungeremo che, sebbene in molte leggi romane e nell' esatta dottrina, i legatarii della medesima cosa con disposizioni separate, sieno detti *disjuncti*, e non si veda in questo caso una vera *congiunzione*, nondimeno in altri testi sono chiamati puranche *conjuncti*, come quelli a cui siasi legata la stessa cosa con una sola e medesima proposizione. Le ll. 89, ff. *de legatis* 3°, 142, ff. *de verb. signif*, precedentemente citate, ne sono una pruova positiva. Per lo che gli autori li chiamarono indifferentemente gli uni e gli altri *congiunti*. Essi videro nelle due ipotesi un caso di *congiunzione*, in cui ha luogo il dritto di accrescere, nondimeno con taluni effetti diversi, ma lo che è estraneo alla quistione. E tutto induce a credere che i compilatori del Codice intesero d'imitarli in ciò. Sventuratamente per le vere regole, perchè avesse luogo il dritto di accrescere nella ipotesi di cui si tratta, essi richiesero che la cosa non fosse divisibile senza deterioramento. Tal' è il senso, il crediamo, di questo art. 1045, la cui disposizione a questo riguardo, ripetiamolo pure, non potrebb' essere giustificata da cosa alcuna. *Sed statuit lex.*

511. Se vi sia nel tempo stesso congiunzione e sostituzione volgare; per esempio: *Lego il mio fondo di . . . . a Primo ed a Secondo*; *e se Primo non consegua il legato, gli sostituisco Terzo*; Secondo non conseguirebbe per dritto di accrescere il fondo per intero nel caso in cui Primo mancasse; imperocchè Terzo fu chiamato specialmente in luogo di Primo, per impedire che lo stesso Secondo profittasse di questo dritto nel caso in cui Terzo potrebbe raccogliere in mancanza di Primo.

Ma se Terzo fosse eziandio mancato, Secondo conseguirebbe lo stabile per intero.

Vieppiù Primo lo raccoglierebbe similmente per intero se Secondo mancasse, benchè Terzo potesse raccogliere; giacchè quest' ultimo era chiamato soltanto in mancanza di Primo.

E se costui e Secondo non raccogliessero, allora Terzo, il quale ha tutti i dritti che poteva aver Primo, otterrebbe il fondo per intero.

Infine se il testatore avesse sostituito Terzo ai due legatarii collettivamente: per esempio se avesse detto: *Lego il mio fondo a Primo ed a Secondo, e nel caso in cui non lo conseguissero, lo lego a Terzo;* il dritto di accrescere avrebbe luogo in favore de' legatarii indistintamente, talchè soltanto nel caso in cui mançassero entrambi il sostituito conseguirebbe il podere, e se fosse altronde capace di conseguirlo (1).

(1) *V.* la l. 41, §. 4, ff. *de vulg. subst.*

512. Se un legatario sia istituito puramente, e l' altro sotto condizione; se il primo muoia dopo del testatore, e di poi la condizione imposta all'altro manchi, o quest'ultimo legatario muoia prima che siasi verificata, gli eredi del primo possono dimandare il beneficio dell'accrescimento; imperocchè faceva parte del legato raccolto dal loro autore (1).

Avverrebbe lo stesso se il legato fosse condizionale per riguardo ad entrambi, ed uno di essi fosse morto dopo di essersi verificata la condizione che eragli stata imposta.

513. Il dritto di accrescere ha luogo puranche, secondo il comun parere, in materia d' istituzione contrattuale, allorchè la donazione di tutti o parte de' beni che il donante lascerà a morte sua sia stata fatta a due coniugi congiuntamente, senz' assegnazione di parti. In guisa che se uno di essi muoia prima del donante senza lasciar discendenza nata dal matrimonio a cui favore venne fatta la donazione, l' altro consegue per intero il beneficio della donazione; imperocchè l' istituzione contrattuale è ne' suoi effetti assimilata alle disposizioni testamentarie, salvo per ciò che riguarda l' irrevocabilità ed in taluni altri punti ancora, ma poco importanti, ed i quali non alterano ciocchè sia quistione del dritto di accrescere.

Ma questo dritto non avrebbe luogo a favore del

---

(1) L. 26, §. 1, *de condit. et demonst.*

coniuge superstite se vi fossero discendenti del matrimonio, attesochè, giusta l' art. 1082 c. c.=*1038 ll. cc.*, tali discendenti si reputano sostituiti volgarmente al donatario premorto al donante: or la sostituzione ha appunto per iscopo di prevenire che la parte dell' istituito premorto si accresca a quella degli altri istituiti, mettendo il sostituito in luogo del primo.

514. Circa alla donazione tra vivi propriamente detta fatta a molti, siccome ciascun donatario è fin da principio impossessato della sua parte nella cosa donata, è manifesto che non possa più trattarsi del dritto di accrescere. Nondimeno Ricard (1) opina che se all' istante della donazione fatta a pro di molti congiuntamente, un donatario si trovi incapace di ricevere dal donante, il beneficio dell'accrescimento debba aver effetto in vantaggio dell'altro, giusta la presunzione di volontà del disponente, come ha effetto a beneficio de' legatarii, a norma della presunta intenzione del testatore. Noi il crediamo parimenti, soprattutto allorchè la cosa donata sarà un corpo certo. Nel caso di una somma, vi sarebbe maggior dubbio, giacchè il donante intese forse di divenir debitore verso i donatarii divisamente, verso ciascun di essi per una parte nella somma donata.

515. Se nel medesimo testamento sienvi più disposizioni della stessa cosa a vantaggio di più per-

---

(1) *Delle donazioni*, parte 3ª, n.° 477 e seg.

sone; per esempio: *Lego il mio fondo di . . . a Primo ed a Secondo; lego lo stesso fondo a Terzo, e lego pure lo stesso fondo a Quarto*, Primo e Secondo sono tra essi congiunti *re et verbis*, e congiunti *re tantum*, *seu disjuncti*, per riguardo a Terzo ed a Quarto, i quali tra essi, come per riguardo a Primo ed a Secondo, non sono similmente che congiunti *re tantum*.

Da ciò segue che se raccolgano tutti e quattro, la cosa si dividerà da principio in tre parti uguali, una delle quali sarà attribuita a Primo ed a Secondo, che se la divideranno in porzioni uguali.

Se uno di questi ultimi non raccolga, l' altro profitta egli solo della parte che quello avrebbe avuto; e se Terzo o Quarto manca, la sua parte si accresce a tutti gli altri, nel senso che la metà del fondo appartiene a Primo ed a Secondo, e l' altra a Quarto o Terzo.

516. Circa ai pesi che si fossero specialmente imposti ad un dato legatario il quale non consegua il legato, il dritto romano distingueva fra i diversi casi di congiunzione.

Il legatario congiunto *re tantum* non era obbligato ad eseguire i pesi imposti all' altro legatario che non avea raccolto.

Il legatario congiunto *re et verbis* poteva, in vero, rinunziare al benefizio dell' accrescimento; ma se voleva profittarne, doveva adempiere i pesi imposti al collegatario mancante, ammenochè non fossero di natura tale da non poter essere eseguiti che da questo.

517. Siffatta teorica, basata specialmente sui §§. 10 e 11 della l. unica nel Codice *de caducis tollendis*, fu abbracciata dalla maggior parte degli autori. Nondimeno Ricard (1) la rigettò. Quel dotto giureconsulto voleva che, qualunque fosse la natura della congiunzione, il peso imposto al mancante passasse al collegatario accettante. A dir suo, fu volontà del testatore che il legato avesse effetto sol quante volte si fossero adempiti i pesi che vi aveva apposti: avendo avuto l' intenzione, egli dice, che nel caso in cui tutti i legatarii conseguissero il legato, ciascuno di essi si contentasse della sua parte nella cosa, non può aver avuto la volontà che uno di essi raccogliesse la totalità della cosa senz' adempiere ai pesi imposti al suo collegatario mancante.

Non potremmo noi essere di questa opinione. È chiaro al contrario che nel caso in cui la stessa cosa sia stata legata a molti con clausole differenti, ed il testatore abbia imposto peso ad uno di essi soltanto; è chiaro, diciamo, che non intese d' imporre eziandio questi pesi agli altri, poichè era facilissimo il farlo, e non lo fece. Non perdiamo di mira che quando vi sono molte disposizioni distinte, il legatario che consegue l' intero, non lo consegue per effetto del dritto di accrescere, giacchè l' avea ricevuto direttamente dal testatore, stante la natura stessa della disposizione fatta in suo favore senza

(1) *Delle donazioni*, parte 3, n.° 551 e seg.

concorrenza con altri in questa medesima disposizione. Or poichè non si giudicò a proposito d' imporgli un peso come agli altri, non ne deve sopportare. Quindi il sistema del dritto romano su questo punto, altronde generalmente adottato, ci sembra più ragionevole di quello di Ricard, e dev' essere preferito.

CAPITOLO VI.

Delle sostituzioni fedecommessarie permesse

Nozioni preliminari

SOMMARIO

518. *Le sostituzioni occupovano molto spazio nella nostra antica giurisprudenza : l' ordinanza del 1747 le avea sottoposto a regole più stabili.*

519. *Esse furono abrogate dalle leggi de' 25 ottobre e 14 novembre 1792.*

520. *I compilatori del Codice civile serbando per massima il divieto, autorizzarono nondimeno le sostituzioni in taluni casi, e la legge del 17 maggio 1826 estese molto la facoltà di sostituire, senza nondimeno abrogare il divieto.*

521. *Non è meno utile ancora di spiegor le disposizioni degli art. 1048, 1049 e 1050 c. c.*

522. *Divisione della materia.*

518. Le sostituzioni fedecommessarie (a) occupavano molto spazio nella nostra antica giurisprudenza ; e prima dell' ordinanza del 1747, che a-

(a) Si osservino le note ai n.i 25, 27, 30, 49, 56, 66, 74 e 221 del precedente volume. Trad.

veva posto in regola le disposizioni alle quali era sottomessa questa importante materia, non ve n'era alcuna più complicata e che desse luogo a maggior numero di controversie e liti, giacchè non ve n'era alcuna che fosse soggetta a più svariate regole, in ragion de' tempi e luoghi. E malgrado l'attenzione che gli autori di questa ordinanza avevan posto in distenderla, le sostituzioni seguitarono a formare una parte di diritto assai complicata, e di difficile applicazione.

519. Questa considerazione, unita a molte altre, e soprattutto perchè il sistema delle sostituzioni pareva allora incompatibile con le regole di uguaglianza assoluta che dominarono a principio della rivoluzione, le fece abolire senz'alcuna restrizione dalle leggi del 25 ottobre e 14 novembre 1792, che liberarono anche i gravati di restituzione in quelle le quali non erano ancora aperte.

520. Ma sebbene avessero gli autori del Codice vietato eziandio per massima le sostituzioni fedecommessarie (art. 896 c. c. = *941 ll. cc.*), conobbero quanto sarebbe doloroso per un padre il quale avesse un figlio dissipatore, la prospettiva che un giorno questo figlio mancasse del bisognevole e lasciasse ei pure figli nella miseria, in conseguenza del troppo funesto potere che avrebbe di alienare i beni paterni e divorarne il prodotto. Questa potente considerazione, ed anche qualche ritorno verso un altro ordine di principii politici, li determinarono ad allontanarsi dal rigore di quelli che avevano

maggiormente eccitato i legislatori del 1792 a vietare le sostituzioni indistintamente. Essi adunque con gli art. 1048 e 1049 c. c. = *1003 e 1004 ll. cc.* modificarono la legislazione esistente; e l' istituzione de' titoli ereditarii, o *maggiorati*, posteriori al Codice, fu eziandio una più notabile derogazione apportata ad un sistema troppo assoluto.

Infine la legge del 17 maggio 1826, senz'abrogare la regola proibitiva delle sostituzioni fedecommessarie , estese molto la facoltà di crear sostituzioni. Essa ricondusse quasi la legislazione su questa materia a ciocchè era quando vigeva l' ordinanza del 1747.

521. Esamineremo tuttavolta in succinto gli art. 1048, 1049 e 1050 c. c.=*1003, 1004 e 1006 ll. cc.*, che racchiudono la regola delle sostituzioni che aveva autorizzate. Sussistono ancora moltissime sostituzioni fatte in conformità di questi medesimi articoli, e che in conseguenza si dovran giudicare secondo le regole da essi sancite.

522. Divideremo questa materia in due sezioni:

Nella prima, tratteremo delle persone che potevano disporre secondo il Codice, con peso di conservare e restituire, e di quelle che lo possono oggidì giusta la legge del 17 maggio 1826, parimenti che de' beni che si possono donare con questo peso;

Nella seconda, delle obbligazioni che il peso di restituzione impone al gravato, de' suoi dritti, dell' apertura della sostituzione, e de' dritti de' chiamati.

Nel corso della discussione parleremo de' dritti de' terzi, come le mogli di gravati ed altri.

SEZIONE PRIMA

Delle persone che potevano disporre secondo il Codice, con peso di conservare e restituire, e di quelle che lo possono presentemente, giusta la legge del 17 maggio 1826, nonchè de' beni che è permesso di donare con questo peso.

SOMMARIO.

523. *Testo degli art. 1048, 1049 e 1050 c. c.*

524. *Vigente il Codice, il peso di restituire ad uno o più figli soltanto del gravato, avrebbe prodotto la nullità della disposizione nel suo complesso.*

525. *Gli ascendenti, eccettochè i genitori, potevano mai fare la disposizione a vantaggio de' loro nipoti, nel caso in cui i padri o le madri de' medesimi erano premorti?*

526. *Un padre avente un figlio i cui figli premorti avevano lasciati figli, potè mai vigente il Codice donare a suo figlio con peso di restituire ai suoi nipoti?*

527. *La disposizione fatta da un fratello avente figli al momento dell' atto tra vivi, era mai valida nel caso in cui fosse morto senza figli?*

528. *La donazione fatta con peso di restituzione da un fratello non avente allora figli, sarebbe stata rivocata dalla nascita di un figlio, benchè il medesimo fosse di poi morto prima del donante, e costui fosse anche trapassato senza figli.*

529. *Testo della legge del 17 maggio 1826.*

530. *Cangiamenti che essa apportò alle disposizioni del Codice civile.*

531. *In che mai lasciò essa sussistere le regole del Codice.*

532. *Non si possono gravare di restituzione se non i beni disponibili, e non già le riserve.*

533. *Se il peso cadesse oltre la disponibile, la disposizione non sarebbe perciò nulla: il peso soltanto sarebbe riducibile.*

534. *La disposizione può generalmente comprendere ogni specie di beni, mobili o immobili, corporali o incorporali.*

535. *Può esser fatta a tempo, o per aver effetto al verificarsi di un avvenimento preveduto.*

536. *Può esser fatta a titolo universale o particolare, con atti tra vivi o testamentarii.*

537. *La donazione tra vivi con peso di restituzione non può comprendere che beni presenti.*

538. *Ma non è necessario che il chiamato sia allora conceputo.*

539. *Dopo la legge del 1816, e per derogazione all' art. 1081 c. c., potea apporsi il peso di sostituire ad una donazione tra vivi di beni presenti, quantunque fatta da altri che padre, madre, fratello o sorella.*

540. *La donazione per contratto di matrimonio, anche de' beni che il donante lascerà a morte sua, può esser fatta con peso di restituire ai figli del matrimonio, o ad uno di essi, ed anche ad un altro figlio del donatario.*

541. *Del peso apposto in vantaggio di un designato figlio, o del primogenito in generale.*

542. *O delle figlie, in mancanza di figli maschi.*

543. *Messo a favore de' figli senz' altra spiegazione, giova a tutti.*

544. *Ma in tal caso estendesi al primo grado soltanto, anche dopo la legge del 17 maggio 1826.*

545. *I figli semplicemente messi nella condizione non si reputano chiamati alla disposizione.*

546. *In caso di morte di un chiamato prima che si faccia luogo alla sostituzione senza lasciar discendenti, la sua parte si accresce a quella degli altri.*

547. *Se abbia lasciato discendenti, costoro lo rappresentano nella disposizione. Cangiamento all' ordinanza del 1747, che per massima non ammetteva la rappresentazione.*

548. Quid *se tutti i chiamati sieno morti, ma avendo lasciato figli: non è forse la sostituzione pur divenuta caduca?*

549. *La premorienza del gravato per riguardo all' autore della disposizione, o la sua incapacità o la sua rinunzia, la rende mai caduca, ovvero i chiamati vi hanno dritto per via di sostituzione volgare? Dritto antico, e scioglimenta, con rimessione.*

550. *Continuazione circa alle sostituzioni contrattuali fatte con sostituzione a vantaggio de' figli del matrimonio.*

551. *Continuazione circa alle donazioni tra vivi fatte pure con peso di restituzione ai figli del donatario.*

552. *Quando l' atto è nullo, la sostituzione è nulla come la disposizione.*

553. *L'accettazione di una nuova disposizione fatta dalla stessa persona, a condizione che una donazione tra vivi non gravata di restituzione lo sarà da ora in poi, grava i beni del peso di restituire.*

554. *Il peso di restituzione non potrebbe imporsi da altro che dal donante, nè dal donante stesso senza una nuova liberalità, anche col consenso del donatario.*

555. *Non avvi necessità di gravare del peso di restituzione i beni di bel nuovo donati: essi non sarebbero anche presunti di esserlo.*

556. *Il peso apposto ai beni in origine donati senza peso non pregiudica i dritti de' terzi, acquistati prima.*

557. *Come si computino i gradi nelle sostituzioni in due gradi; disposizione dell' ordinanza.*

558. *Anticamente le donazioni tra vivi e le istituzioni contrattuali potevano farsi col peso di consegnare i beni a colui o a coloro che il donante o il donatario volesse scegliere.*

559. *Il Codice tace* sul peso di eleggere: *motivo del suo silenzio; ma dopo la legge del 17 maggio 1726, questo peso può apporsi in una istituzione contrattuale per essere esercitato dal donatario a vantaggio di uno o più figli suoi.*

560. *Può esserlo pure, al pari* della facoltà di eleggere, *in una donazione tra vivi o in un legato.*

523. Secondo l'art. 1048 c. c. = *1003 ll. cc.*, « i « beni de' quali il padre o la madre hanno facoltà « di disporre posssono donarsi da essi, in tutto o « in parte, ad uno o a più de' loro figli con atti « tra vivi o di ultima volontà, coll'obbligo di re- « stituirli a' figli nati e da nascere, nel primo gra- « do soltanto, de' detti donatarii ».

E giusta l'art. 1049 c. c. = *1004 ll. cc.*, « in caso

« di morte senza figli sarà valida la disposizione
« fatta dal defunto con atto tra vivi, o per testa-
« mento, a vantaggio di uno o più de' suoi fra-
« telli o sorelle, di tutti o parte de' beni che non
« sono riservati dalla legge nella di lui eredità,
« con obbligo di restituirli ai figli nati e da na-
« scere, nel primo grado solamente, di essi fra-
« telli o sorelle donatarie ».

Infine secondo l'art. 1050 c. c. = *1006 ll. cc.* (a),
« le disposizioni permesse ne' due precedenti articoli
« non saranno valide, se non quando l'obbligo
« di restituzione torni a vantaggio di tutti i figli
« nati o da nascere dal gravato, senza eccezione
« o preferenza di età o di sesso ».

524. Laonde potevasi donare ad uno nonchè a molti figli, o fratelli o sorelle, con obbligo di re-

---

(a) L'articolo 1044 del progetto (corrispondente all' articolo 1006 delle leggi civili) era così concepito:

Articolo 1044. *La successione su tali beni si regolerà tra i figli del gravato, secondo le regole stabilite nelle successioni intestate, avuto riguardo alla diversità del sesso.*

Nondimeno ciò avrà luogo quante volte il disponente non abbia ordinato che l'obbligo di restituzione torni a vantaggio di tutti i figli nati e da nascere dal gravato, senza eccezione o preferenza di sesso.

Or il consiglier Sollima nella Camera di Grazia e Giustizia dell' abolito Supremo consiglio di Cancelleria osservò che siffatto articolo del progetto doveva mettersi in armonia coll' articolo che la detta Camera surrogò all' articolo 689 del medesimo progetto, chiamando nella successione intestata i figli ed i discendenti, senza distinzione di sesso. Quindi ne propose la corrispondente compilazione, che dalla suddetta Camera venne approvata nel modo come trovasi distesa nel cennato articolo 1006 delle leggi civili. Trad.

stituzione; ma la disposizione sarebbe stata nulla nel suo complesso, se l'obbligo fosse stato apposto soltanto in vantaggio di uno o più figli del donatario, dell'erede istituito, o del legatario; giacchè sarebbe per questo medesimo motivo rimasta nella classe delle sostituzioni vietate, che l'art. 896 c. c. = *941 ll. cc.* annulla anche riguardo al donatario, all'erede istituito o al legatario. La disposizione sarebbe parimenti stata nulla, se l'obbligo di restituzione si fosse esteso al di là di un grado.

525. Ma si dimandò se gli ascendenti, eccettochè i genitori, potessero fare ugualmente queste disposizioni in favore de' loro discendenti allorchè il padre o la madre di costoro fossero premorti. La compilazione del sopraddetto art. 1048 comunicata al Tribunato, e che era assolutamente uniforme a quella del Codice, diè luogo alle seguenti osservazioni (1). La sezione opinò di dirsi: « I beni di « cui il padre e la madre, ed *altri ascenden-* « *ti*, ec. . . ., ad uno o più loro figli *o discen-* « *denti idonei a succedere*, ec. ». Ma la compilazione non fu cangiata. Sarebbe forse perchè l'emenda sembrò superflua, o perchè non si volle ammetterla? È questo un punto che i processi verbali della discussione non rischiarano in alcun modo.

Si disse da una parte che gli ascendenti aver dovevano lo stesso dritto de' genitori; che la disposi-

(1) *Conferenze del Codice civile*, edizione di Didot.

zione era sempre fatta nel primo grado tostochè non se ne eccedeva alcuno, perchè il padre del donatario, a modo d'esempio, fosse premorto; che i motivi i quali fecero ammettere le sostituzioni in questi casi erano assolutamente gli stessi di quando il padre dona a suo figlio per restituire ai suoi figli; infine che nelle leggi, la parola *figli* intendesi quasi sempre per *discendenti* (1).

Da un' altra banda puossi dire che le sostituzioni nel Codice erano ammesse con molta eccezione, e l' art. 1048 c. c. = *1003 ll. cc.* le autorizzava sol quando *i padri e le madri* eran quelli che donavano ad uno o più loro figli; che se mai si fosse inteso di autorizzar puranche la disposizione fatta da un avo a vantaggio del nipote per restituire ai di lui figli, almeno nel caso della premorienza del figlio, conveniva parlare degli ascendenti, come si fece nell' art. 1075 c. c. = *1031 ll. cc.* per riguardo alle divisioni, ed in taluni altri casi ancora: le osservazioni del Tribunato erano a tal riguardo di sì precisa utilità, che conveniva prenderle in considerazione; e modificare la compilazione del cennato art. 1048, se si fosse creduto conveniente il praticarlo.

Queste ragioni non son certamente senza gravità,

---

(1) L. 84, ff. *de verb. signif.*, art 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*, ed altri. Nell'art. 1049 c. c. = *1004 ll. cc.*, che segue immediatamente quello sul quale discutiamo, la parola *figli* comprende evidentemente i *nipoti*; imperocchè il fratello o la sorella che avesse lasciati nipoti non avrebbe alcerto potuto donare con peso di restituzione a suo fratello o a sua sorella.

ma nondimeno seguiamo in preferenza il primo parere. Siccome eravi ugual motivo di autorizzare la sostituzione nel caso di cui trattasi che in quello letteralmente preveduto in questo articolo, siamo indotti a credere che se non emendossi la sua compilazione sulle osservazioni fatte dal Tribunato, egli è perchè si riputò di essere ciò superfluo, o perchè obbliossi di farlo. In generale conviene attenersi allo spirito della legge anzichè alle sue parole.

526. Si quistionò puranche se un padre avente un figlio, i cui figli premorti avevano lasciati figli, potette vigente il Codice donare a suo figlio coll'obbligo per parte di costui di restituire ai suoi nipoti?

Da una parte si pretese che questa disposizione non era nei termini del Codice, giacchè la restituzione avrebbe avuto luogo a vantaggio di figli in secondo grado per riguardo al gravato, mentrechè, secondo il Codice, il peso doveva essere apposto in vantaggio de' figli nati e da nascere in primo grado soltanto del donatario o legatario.

Ma da un'altra parte si disse che per *primo grado del donatario o legatario*, i compilatori del Codice avevano ragionevolmente voluto intendere *il più prossimo grado*: or il più prossimo grado è quello non preceduto da niun altro, come nella specie: *proximus est, quem nemo antecedit: supremus est quem nemo sequitur*; l. 92, ff. *de verb. signif.* I motivi che fecero ammenttere la

sostituzione in favore de' figli del donatario erano assolutamente della stessa forza riguardo ai costui nipoti, i quali avevano perduto il lor padre. L'ascendente donante vedendo suo figlio proclive alla dissipazione, dovè desiderare ugualmente di conservar pei nipoti di questo figlio ciò che egli avrebbe potuto conservare pel loro padre, se il medesimo fosse vissuto.

Del resto tali quistioni non si eleveranno riguardo alle disposizioni fatte dopo la legge del 1826.

527. Tuttavolta ne risolveremo pur una che nasceva dall'art. 1049 c. c. = *1004 ll. cc.* (a). Secondo questo articolo, sol nel caso di morte, *senza figli*, era valida la disposizione fatta a vantaggio de' fratelli e sorelle con peso di restituzione: talchè non era anche permesso, nel caso contrario, di donare la semplice porzione disponibile a questi medesimi fratelli o sorelle con siffatto peso. Ma si disputò se la disposizione fatta da un fratello avente figli in tempo dell'atto, fosse valida nel caso in cui morisse di poi senza figli.

Non poteva esservi dubbio pel caso in cui la disposizione fosse stata fatta con testamento, attesochè questo atto produce il suo effetto a morte del testatore, ed a tal epoca si suppone che il mede-

(a) Nel progetto si aggiunse l'articolo 1045 (corrispondente all'art. 1005 delle leggi civili) esprimendosi che nei casi de' sudetti due articoli i figli de' donatarii eran chiamati come figli, e non già come eredi, per cui non doveano rispettare i pesi, e i debiti imposti dal donatario. Trad.

simo non aveva figli: il caso preveduto dalla legge erasi dunque effettuato.

Ma circa alla disposizione fatta tra vivi da un individuo avente allora figli, eravi maggior dubbio, giacchè era essa fatta da un disponente il quale non sarebbe stato in dritto di farla al momento di sua morte se avesse avuto allora figli: or siccome la disposizione tra vivi ha effetto immediatamente, l'esistenza de' figli all' epoca in cui era fatta pareva che ostasse alla sua validità fin da principio. Non ostante queste ragioni, si avrebbe dovuto ritenere che essa era valida se il donante fosse morto senza figli: il detto art. 1049 non distingueva fra le disposizioni tra vivi e le disposizioni testamentarie: all'opposto prevedeva positivamente le une e le altre, e dichiarava senza alcuna distinzione che erano valide nel caso di morte del disponente *senza figli*: or il caso si sarebbe avverato, come si suppone.

528. Ma non bisogna da ciò desumere che se la donazione tra vivi fatta con peso di restituire fosse avvenuta da parte di un individuo il quale non aveva figli al momento dell'atto, ed a cui n'erano nati alcuni i quali fossero morti prima di lui, la disposizione avrebbe prodotto il suo effetto, giacchè il donante sarebbe morto senza figli; mentre sarebbe stata essa rivocata di pieno dritto, ai termini dell'art. 960 c. c. = *885 ll. cc.*, senza che avesse potuto rivivere per effetto della morte del figlio la cui nascita aveva operata la rivocazione; art. 964 c. c. = *889 ll. cc.*

529. La legge del 17 maggio 1826, estendendo la facoltà di fare sostituzioni, prevenne ugualmente questo dubbio per l'avvenire. Essa è conceputa così:

« I beni di cui è permesso disporre, ai termini « degli art. 913, 915 e 916 c. c.=*829, 831 e 832* « *ll. cc.*, potranno esser donati in tutto o in par- « te, mediante atto tra vivi o testamentario, con « obbligo di restituirgli ad uno o più figli del do- « natario, sino al secondo grado inclusivamente.

« Per l'esecuzione di questa disposizione si os- « serveranno gli art. 1051 e seguenti c. c. = *1007* « *ll. cc.* (a) sino all'art. 1074 c. c. inclusiva- « mente = *1031 ll. cc.* ».

530. Tre importanti cangiamenti furono introdotti da questa legge, da noi già indicati nel tomo precedente.

(a) Il consiglier Sollima nella Camera di Grazia e Giustizia del-l'abolito Supremo consiglio di Cancelleria opinava di doversi alla parola *sostituzione* nell' articolo 1045 del progetto (corrispondente all'articolo 1007 delle leggi civili) surrogare più opportunamente l'espressione *restituzione*.

Il consiglier Magliano rispose di non esservi alcun dubbio che la voce sostituzione si rapportava qui a quelle delle quali parlavasi nel capitolo in esame sotto la cui rubrica si rattrova registrato l'articolo suddetto, che sono specie di sostituzioni fedecommessarie permesse sino al primo grado inclusivamente. Soggiunse essere evidente, che nel caso in cui siffatte sostituzioni oltrepassassero il primo grado, sarebbero, secondo i principii contenuti nell'articolo 972 del progetto riformato dalla detta Camera di Grazia e Giustizia (che corrisponde all' articolo 943 delle attuali leggi civili) nulle anche nel primo grado permesse. L'articolo in esame stabilisce pure il beneficio della rappresentazione dell' ascendente chiamato predefunto. Conchiuse perciò di doversi alle parole *padre* o *madre* sostituire l' espressione generica *ascendente*.

La detta Camera si uniformò al parere del consiglier Magliano. Trad.

1.° Il Codice autorizzava la disposizione fatta con peso di restituzione, sol qualora avesse luogo in favore de' figli del disponente o de' suoi fratelli o sorelle nel caso in cui non lasciasse figli; mentrechè la cennata legge permette di donare la disponibile con questo peso anche agli estranei.

2.° Perchè la disposizione fosse valida, il Codice richiedeva che il peso di restituire fosse stabilito a favore di tutti i figli nati e da nascere del donatario o legatario, senz' alcuna preferenza di età o di sesso; in vece che la legge del 1826 l'autorizza a favore di uno come a favore di molti figli, o di tutti indistintamente.

3.° Infine il Codice permetteva di fare la disposizione a vantaggio soltanto de' figli del primo grado del donatario o legatario; mentre che la nuova legge l'autorizza a favore di due gradi, come l'ordinanza del 1747 *sulle sostituzioni.*

551. Ma la nuova legge medesima non autorizzando la disposizione se non qualora il peso di restituire sia a favore di uno o più figli del donatario o legatario, ne segue che se fosse apposto a favore di un altro, per esempio di un nipote di questo donatario, siffatta disposizione rimarrebbe nella classe delle sostituzioni vietate, e come tale sarebbe nulla e di niun effetto, anche riguardo al donatario, all'erede istituito o al legatario; art. 896 c. c. = 941 *ll. cc.*

Ed avverrebbe lo stesso, benchè fosse a favore de' figli del donatario, se fosse fatta per più di due

gradi: non sarebbe soltanto ridotta a due gradi, ma sarebbe nulla, secondo ciò che dimostrammo nel tomo precedente, n.º 51.

532. Siccome non è permesso di donare se non i beni di cui si può disporre, ne segue che il donante o testatore non può gravar di sostituzione le riserve, anche facendo la disposizione a favore di quelli a cui esse son dovute. E se facesse ad un suo figlio un prelegato a condizione che la di lui riserva sarà gravata di restituzione, dovrebbesi riguardar la condizione come non iscritta, in virtù dell' art. 900 c. c. = *816 ll. cc.* Invano direbbesi che egli non avrebbe con ciò menomamente pregiudicata la riserva, attesochè può il figlio ripudiare il legato, mentre rimarrebbe sempre vero che la condizione apposta a tale legato sarebbe contraria alla legge: or le condizioni contrarie alle leggi si reputano non iscritte, ed in conseguenza le disposizioni cui furono annesse producono il loro effetto.

533. Del resto se il donante o testatore avesse donato o legato oltre ciò di cui potea disporre, con obbligo di restituzione, la disposizione non sarebbe nulla per ciò, ma soltanto riducibile alla misura della disponibile, come nei casi ordinarii.

534. La disposizione con peso di sostituzione può in generale comprendere ogni specie di beni, mobili o immobili, corporali o incorporali.

535. Può esser fatta a tempo, o pur cessare al verificarsi di un dato avvenimento preveduto; ma

nel silenzio del disponente a tale riguardo, la sostituzione si reputa fatta per aver luogo in tempo della morte naturale o civile del gravato.

556. Può esser fatta a titolo universale o a titolo particolare; per donazione tra vivi propriamente detta, fuori contratto di matrimonio, o per contratto di matrimonio, di beni presenti o futuri, ed in fine per testamento.

557. La disposizione per atto tra vivi, fuori contratto di matrimonio, non può aver per oggetto che i beni presenti, ed è sottoposta alle formalità prescritte per gli atti contenenti donazione tra vivi: in conseguenza deve farsi con minuta ed accettarsi espressamente; e per massima non è valida circa alle cose mobili se non per quelle delle quali uno stato estimativo sottoscritto dal donante e dal donatario, o da chi accetti per lui, sia stato unito alla minuta della donazione, in conformità dell'art. 948 c. c. = *872 ll. cc.*, combinato colla stessa legge del 17 maggio 1826. Questa legge infatti richiede che le disposizioni di cui trattasi sieno fatte con atto tra vivi o testamentario; per lo che bisogna osservare tutte le condizioni e formalità prescritte per l'una o l'altra specie di atti.

558. Ma benchè la disposizione sia fatta con atto tra vivi, non è necessario che il chiamato o i chiamati a raccoglierla sieno nati e anche conceputi: basta che il donatario gravato lo sia. Il peso di restituire può anche apporsi a vantaggio di figli na-

scituri, quantunque il donatario ne avesse già esistenti all' istante della donazione.

539. Se la disposizione avesse luogo col contratto di matrimonio del donatario e riguardasse beni presenti, sarebbe valida non ostante l'art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.*, quantunque non fosse stata fatta da un padre o una madre, un fratello o una sorella: essa varrebbe in virtù della legge del 1826, basta che il peso di restituire fosse a vantaggio di uno o più figli del donatario, e non si estendesse oltre due gradi.

540. La donazione per contratto di matrimonio a favore de' coniugi o di uno di essi, di tutti o parte de' beni che il donante lascerà a morte sua, ai termini dell' art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*, può esser fatta eziandio coll' obbligo di restituzione a pro di uno o più figli del matrimonio o di un altro matrimonio o di tutti indistintamente, ed anche sino a due gradi inclusivamente.

Se non vi fosse stata che la donazione, i figli del matrimonio vi avrebbero avuto dritto in nome proprio sol quante volte il lor padre donatario fosse premorto al donante. Nel caso opposto avendo il donatario raccolto il beneficio della donazione, avrebbe potuto disporre de' beni, ed i suoi figli indistintamente non vi avrebbero avuto dritti se non accettando la sua eredità, in cui questi medesimi beni si sarebbero confusi. Ma se fosse premorto al donante, i figli del matrimonio, a morte di questo ultimo, avrebbero potuto dimandare i beni donati,

quando anche avessero rinunziato all'eredità del loro padre, come essendo anch' essi chiamati alla disposizione per una specie di sostituzione volgare. Appunto in questo spirito l'art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.* dice che tale donazione, quantunque fatta a vantaggio soltanto degli sposi o di uno di essi, si presumerà sempre, nel caso di sopravvivenza del donante, fatta a favore de' figli e discendenti che nasceranno dal matrimonio. E questi figli avrebbero avuto dritti uguali nella donazione: se taluno fra essi fosse morto lasciando figli, costoro avrebbero rappresentato il padre o la madre loro.

Ma, mediante il peso di restituzione apposto alla donazione, quando anche il donatario sopravvivesse al donante, e raccogliesse così il beneficio della donazione, i figli chiamati alla sostituzione potrebbero, a morte del loro padre, dimandare i beni compresi nella donazione, quantunque rinunziassero alla sua eredità, per dispensarsi di pagarne i debiti. Ed in vece di far profittare indistintamente tutti i figli e discendenti del matrimonio del benefizio della donazione, può oggidì il donante chiamarvi solo uno o più tra essi, per esempio il primogenito, o i maschi. Imperocchè i figli del matrimonio son chiamati alla disposizione, in caso di premorienza del loro padre donatario per riguardo al donante, sol per effetto di una semplice presunzione, che quest' ultimo può eliminare con una dichiarazione della sua volontà. Anche in una donazione tra vivi di beni presenti avrebbe potuto

stipulare il dritto di riversione pel caso della premorienza del donatario (art. 951 c. c. = *876 ll. cc.*): vie maggiormente potè stipulare in una donazione di beni futuri, che l'effetto di questa donazione sarebbe limitato alla persona del donatario in caso di costui sopravvivenza; che esso non si estenderebbe ai figli del matrimonio qualora egli premorisse. E, come si è detto, potè per questo stesso motivo ancora, dopo la legge del 1826, donar con peso di restituire ad uno o più figli soltanto; apporre anche il peso a favore de' figli di un primo matrimonio del coniuge donatario; in fine stabilire la sostituzione in due gradi. Ciò non formava dubbio alcuno nelle antiche regole, quantunque non si potessero donare i beni futuri con atto tra vivi, se non per contratto matrimoniale ed al futuro sposo, come oggidì. Vedremo anche tra breve che l'istituzione contrattuale poteva esser fatta col peso di consegnare i beni a chi il donante o il donatario volesse scegliere, nel qual caso evidentemente la donazione non profittava a tutti i figli del matrimonio indistintamente, giacchè poteva anche non profittare ad alcuno.

541. La disposizione può esser fatta con peso di restituire ad un designato figlio; per esempio a Paolo, figlio del donatario: come può farsi anche a vantaggio del primogenito de' figli che esistano al momento della morte del gravato, nel qual caso la premorienza del primogenito non farebbe svanire la sostituzione, ma soltanto riportarne l'effet-

to su quello che si trovasse di essere il primogenito de' figli esistenti al tempo della morte del gravato. Esamineremo tra poco se nell' uno e l' altro caso il dritto passerebbe mai ai figli rimasti dal figlio designato o da quello ch' era stato chiamato per ordine di primogenitura.

542. Può anche esser fatta condizionatamente a vantaggio di uno pel caso in cui l' altro mancasse per esempio, a vantaggio delle figlie, nel caso in cui il gravato non lasciasse maschi; e ciò, sia in primo, sia in secondo grado.

543. Qualora sia stata fatta a favore de' figli del donatario, dell' erede istituito o del legatario, senz' altra spiegazione, profitta a tutti indistintamente.

544. Ma in questo caso estendesi al primo grado soltanto, perchè il disponente non si valse della facoltà che gli dava la legge, di farla per due gradi.

545. I figli che non sono chiamati espressamente alla sostituzione, ma soltanto messi nella condizione, senza essere incaricati di restituire ad altri, non vengono in nessun caso riguardati come compresi nella disposizione, ancorchè si trovassero nella condizione in qualità di maschi, e la condizione fosse raddoppiata (1).

546. Quando la disposizione sia fatta a vantaggio di tutti i figli o di molti, sia nominatamente, sia collettivamente, per esempio de' maschi, se

(1) Art. 19, tit. 1. dell' ordinanza del 1747.

uno o più di quelli che erano chiamati muoiano in vita del gravato, o prima che si faccia luogo alla sostituzione per altra causa, senza lasciar discendenti, le loro parti si accrescono a quella degli altri.

547. Ma se lascino discendenti, costoro raccolgono per rappresentazione la parte del lor padre o madre premorti. Ecco come si esprime l'art. 1051 c. c. = *1007 ll. cc.*: « Se nei suddetti casi « il gravato di restituzione a favore de' suoi figli « muoia lasciando figli in primo grado e discen- « denti di un figlio premorto, questi ultimi con- « seguiranno per dritto di rappresentazione là par- « te del figlio premorto. »

E la legge non richiede a tal uopo che abbiano accettato l'eredità del loro padre o madre premorti. Altronde si rappresenta benissimo quello alla cui eredità si è rinunziato; art. 744 c. c. = *666 ll. cc.*

Attribuendo il Codice questo dritto di rappresentazione ai figli o discendenti di un chiamato premorto, derogava con ciò all'art. 20, tit. 1.° dell' ordinanza del 1747, secondo il quale « co- « loro che son chiamati ad una sostituzione, ed « al cui dritto non si sarà fatto luogo prima del- « la loro morte, non potranno in caso alcuno es- « sere riputati di averne trasmessa la speranza ai « loro figli o discendenti, ancorchè la sostituzione « sia fatta in linea retta per ascendenti, e vi sieno « altri sostituiti chiamati alla medesima sostituzio-

« ne, dopo quelli che saranno morti, e loro fi-
« gli o discendenti. »

Laonde la rappresentazione era vietata; lo era in espresso modo con l'articolo seguente nelle sostituzioni, sì in linea retta che trasversale, o che coloro a cui vantaggio era stata fatta la sostituzione vi fossero stati chiamati collettivamente, o che fossero stati designati in particolare, e nominati secondo l'ordine di parentela che avevano coll'autore della sostituzione; ma tuttavolta, ammenochè costui non avesse altrimenti ordinato con espressa disposizione, *o che la sostituzione non fosse deferita secondo l'ordine delle successioni legittime.* Il motivo di tale esclusione era che la rappresentazione non veniva ammessa nelle disposizioni tra vivi o testamentarie. Nondimeno era ammessa in materia d'istituzione contrattuale.

548. Quì ha luogo una importante quistione, sorta per virtù dell'art. 1051 sopraddetto, cui la legge del 1826 non derogò, poichè al contrario ne richiama espressamente l'esecuzione.

Tale quistione consiste in conoscere se, quando il chiamato o tutti i chiamati sien premorti al gravato ed abbiano rimasti discendenti, la sostituzione sia caduca, non ostante l'esistenza di questi discendenti; o se al contrario costoro vi abbian dritto per rappresentazione del loro padre o madre premorti.

Siccome il cennato art. 2051, stabilendo il dritto di rappresentazione, spiegasi sul caso in cui il

gravato abbia lasciato figli in primo grado e discendenti di un figlio premorto, si conchiuse da ciò che quando il chiamato o tutti i chiamati sien morti prima del gravato, la sostituzione è caduca, quantunque essi abbiano rimasto discendenti; che i beni sono così divenuti liberi in mano del gravato di restituzione. « N' è ragione, si « disse (1), che la legge dichiara valida la sosti- « tuzione solo in favore de' figli nati e nasciturī « del donatario o legatario, e che l' eccezione sta- « bilita dall' art. 1051, in favore de' figli e di- « scendenti del figlio premorto, è ristretta al caso « della concorrenza di questi discendenti con gli al- « tri figli del gravato: fuori questo caso non può « trattarsi pei nipoti, circa ai beni sostituiti, se « non di un dritto successivo. »

In sostegno di questa risoluzione può dirsi che nel Codice le sostituzioni non furono mirate con favore, poichè vi sono proscritte per massima; e se si volle nondimeno che i nipoti del gravato potessero rappresentare il lor padre premorto, ciò fu per un motivo di uguaglianza, affinchè gli zii o zie di questi nipoti non avessero per sè soli la totalità de' beni i quali, secondo il corso naturale delle cose, dovevano profittare a tutta la discendenza del gravato; che appunto per questo motivo si derogò all' ordinanza del 1747 *sulle sostituzioni*, la quale ammetteva la rappresentazione nei due

(1) Grenier, tomo I, n.° 361.

soli casi in cui l' autore della sostituzione l' aveva ordinata, ovvero che la sostituzione era deferita secondo l' ordine delle successioni legittime; ma che questo motivo non più sussiste allorchè il chiamato unico o tutti i chiamati sien morti, poichè allora i nipoti si trovano in grado di poter esercitare dritti uguali sui beni sostituiti come sugli altri beni del gravato, concorrendo alla sua eredità per beneficio della rappresentazione.

Da un' altra banda puossi pretendere che i motivi i quali fecero ammettere le sostituzioni di cui si tratta militano ugualmente in favore de' nipoti del gravato, benchè non vi sieno chiamati viventi; che importa che non possa il gravato dissipare i beni sostituiti e lasciar quindi priva di mezzi la sua discendenza; che in verità l'art. 1051 c. c. = *1007 ll. cc.* adopera la congiunzione *se*, ma questa parola non deve intendersi in un senso condizionale ed esclusivo della rappresentazione per tutt' altro caso che quello il quale vi è preveduto; che questa espressione deve prendersi nel senso di *quantunque*, *di allorchè* ec., come se i compilatori del Codice avessero detto: « Ancorchè i « figli del primo grado chiamati alla sostituzione « in virtù de' precedenti articoli non la conseguano, nondimeno i loro discendenti potranno conseguirla per dritto di rappresentazione; » in somma che questa congiunzione *se* esprime non altro che una ipotesi.

Non ostante tali ragioni, che sono al certo

gravissime, e facendoci pena che non siasi ammessa la rappresentazione indistintamente, incliniamo pur tuttavolta a credere che non ha luogo se non nei casi preveduti in questo articolo 1051, anche riguardo alle sostituzioni fatte dopo la legge del 1826; ma che avrebbe luogo se l'autore della sostituzione avesse dichiarata la sua volontà a tal riguardo, come era ammesso dalla medesima ordinanza del 1747, la quale escludeva nondimeno per massima la rappresentazione in questa materia.

549. È insorta un'altra quistione sull'interpetrazione del detto art. 1051, quella cioè se nel caso in cui il gravato stesso morisse prima di aver conseguita la disposizione testamentaria, o fosse incapace di conseguirla, o la rifiutasse, apparterrebbe pure ai chiamati il benefizio della disposizione.

L'ordinanza del 1747 distingueva a seconda de' motivi pei quali il gravato non avea conseguito la disposizione.

Quindi, secondo l'art. 27 del titolo 1, la rinuncia dell'erede istituito, o del legatario o donatario gravato di sostituzione, non poteva nuocere al sostituito, il quale nel detto caso prendeva il posto del cennato erede, legatario o donatario, sia che vi fosse una clausola codicillare nel testamento, sia che non ve ne fosse. E similmente, in caso di rinuncia del sostituito, quello ch'era chiamato dopo di lui (cioè quello del secondo grado) prendeva il posto suo.

Ma, giusta l'art. 26, la caducità dell'istituzio-

ne produceva caducità della sostituzione fedecommessaria, eccetto ne' testamenti militari, e ne' casi pure in cui il testamento conteneva la clausola codicillare.

Quest'ultima risoluzione riguardava le regole del dritto scritto, secondo cui le disposizioni testamentarie sostenevansi in generale sol mediante l' istituzione di erede (1). Ciò che lo prova, si è che quanto conteneva la clausola codicillare, cioè la dichiarazione del testatore che egli intendeva che il suo testamento valesse come codicillo se non potesse valere come testamento, la caducità dell' istituzione non produceva la caducità della sostituzione. Laonde siccome l' istituzione di erede non era necessaria ne' testamenti militari, l' ordinanza medesima dichiarava che in questi testamenti la caducità dell' istituzione che vi era stata fatta non produceva quella della sostituzione.

In questi due casi, la sostituzione fedecommessaria racchiudeva dunque implicitamente la volgare, come in quello di rinuncia del gravato, di cui pocanzi abbiam parlato, e che torneremo a trattare.

Or nel dritto attuale tutti i testamenti non sono in realtà che codicilli: niuno richiede l' istituzione di erede, niuno richiede, perchè abbiamo effetto le disposizioni compresevi, che si nomini un

(1) Nondimeno la novella 115, che eravi seguita, manteneva i legati ed i fedecommessi particolari, abbenchè l' istituzione fosse rescissa *inofficiositatis causa.*

erede: donde bisogna conchiudere che la caducità dell' istituzione, anche nelle regole dell' ordinanza del 1747, non deve produrre la caducità della sostituzione; e per lo medesimo motivo, la caducità del legato non la produce di vantaggio. Se il testatore ebbe tanta affezione per Secondo da chiamarlo a godere dopo di Primo, espresse pur con ciò la sua volontà di averlo per erede o legatario nel caso in cui Primo non lo potesse. Sarà questa una sostituzione volgare, in cambio di una sostituzione fedecommessaria, ed ecco tutto. Ma bisognerà a tal uopo che il chiamato esista o sia almeno conceputo a morte del testatore, come lo dimostreremo qui appresso con maggiore estensione; nell' atto che tale condizione non è richiesta nella sostituzione fedecommessaria.

550. Del rimanente egli è chiaro che nelle istituzioni contrattuali con peso di sostituzione a favore de' figli nascituri dal matrimonio, non può esservi dubbio intorno al punto se in caso di premorienza del donatario, o di suo rifiuto a raccogliere la donazione, possano i figli concorrere per dritto proprio; giacchè son chiamati per la natura stessa della disposizione; art. 1082 c. c.=*1038 ll. cc.* Gli art. 11 e 12 tit. 1.° dell' ordinanza del 1747 richiedevano che le sostituzioni fatte per contratto di matrimonio o per donazione tra vivi bene e debitamente accettata, non potessero rivocarsi, nè le clausole di esse cangiarsi, aumentarsi o diminuirsi mediante alcuna convenzione o disposi-

zione posteriore, anche col consenso del donatario; ed in caso che' egli rinunziasse alla donazione fatta in suo favore, davasi luogo alla sostituzione in vantaggio di quelli che vi erano stati chiamati. Tali disposizioni si applicavano alle istituzioni contrattuali: queste istituzioni, come le sostituzioni da cui fossero state gravate, erano irrevocabili, o tra nobili o tra plebei, nei paesi in cui si trovavano allora in uso.

Il Codice non cambiò cosa alcuna a queste regole; che anzi le confermò, almeno per ciò che riguarda le donazioni fatte per contratto di matrimonio, poichè non si può fare alcun cambiamento alle convenzioni matrimoniali dopo la celebrazione; art. 1395 c. c. = *1349 ll. cc.*

551. Ma è chiaro puranche, qualora trattisi di una donazione tra vivi, che colui a favor del quale essa è fatta con sostituzione non voglia accettare, di non potervi essere sostituzione fedecommessaria. Nondimeno se il sostituito sia nato o conceputo, ed egli accetti o si accetti utilmente per lui prima di ogni rivocazione da parte del donante, la donazione varrà a suo favore come donazione diretta, per effetto pure di una sostituzione volgare.

552. In fine in tutti i casi in cui l'atto fosse nullo per vizio di forma, non vi sarebbe nè sostituzione volgare, nè sostituzione fedecommessaria.

553. Secondo l'art. 1052 c. c. = *1008 ll. cc.*, se il figlio, il fratello o la sorella, cui fossero

stati donati beni con atto tra vivi senza obbligo di restituzione, accettino una nuova liberalità con atto tra vivi, o per testamento, sotto condizione che i beni precedentemente donati rimangano gravati di questo peso, non è più loro permesso di dividere le due disposizioni fatte a lor favore e di rinunziare alla seconda per attenersi alla prima, quando anche offrissero la restituzione de' beni compresi nella seconda disposizione.

Questo dettame è desunto dall' art. 17, tit. 1.° dell' ordinanza del 1747, e sarebbe applicabile parimenti alle donazioni tra vivi o legati che, dopo la legge del 17 maggio 1826 fossero stati fatti da chiunche fuorchè da padre, madre, fratello o sorella, purchè il peso fosse di restituire ad uno o più figli del donatario, sia in uno, sia in due gradi.

554. Ma il peso di restituzione non potrebbe imporsi da altri che dal donante, per esempio dal padre, riguardo ai beni donati senza peso da parte della madre.

Nettampoco potrebbe esserlo ad un donatario tra vivi per contratto di matrimonio cui il donante non facesse un' altra liberalità, quando anche la donazione senza obbligo di restituzione fosse stata fatta da un padre. Quest' ultimo punto era espressamente deciso in tal senso dall' art. 13, tit. 1.° dell' ordinanza (1), e l' art. 14 richiedeva che

(1) L' art. 18 richiedeva nondimeno che le disposizioni degli art. 13, 14 e 15, non avessero alcun effetto per le donazioni fra marito e moglie, o fatte dal padre di famiglia ai figli *sottoposti alla sua potestà*, o altre donazioni a causa di morte, nei paesi in cui esse erano in uso.

nel caso pure in cui la donazione o istituzione contrattuale fosse stata fatta col peso di consegnare i beni donati a chi il donante volesse scegliere, la persona eletta non potesse esser gravata di restituzione verso chicchesia, sotto pretesto dell'elezione fatta a favor suo.

In fine, secondo l'art. 15, la facoltà che il donante si avesse riservata di gravare di sostituzione in prosieguo i beni donati, era nulla e di niun effetto per l' avvenire.

Quindi avevasi per indubitato che, fuori il caso di una nuova liberalità con la condizione che ne fosse gravata una precedente fatta senza peso di restituzione, lo stesso consenso del donatario non avrebbe avuto per effetto di stabilire tal peso. Niuno poteva gravar sè stesso, nè di comune accordo col donante, tranne nuova disposizione fatta sotto questa condizione. Senza dubbio egli avverrebbe così presentemente: l'art. 1052 c. c.=*1008 ll. cc.* deve intendersi nel senso condizionale, e suppone che la nuova disposizione sia fatta dalla medesima persona; giacchè è nella regola della materia che niuno fuorchè il donante possa gravare del peso di conservare e restituire beni i quali non son da lui provvenuti. La condizione apposta alla sua disposizione dovrebbe riputarsi non iscritta in virtù dell' art. 900 c. c.=*816 ll. cc.*, come contraria alle leggi.

555. Ma nè il detto art. 1052, nè l' ordinanza del 1747 (art. 17) richiedono che i beni com-

presi nella nuova disposizione sieno pur essi gravati di restituzione, perchè si possano assoggettare a questo peso quelli donati in primo luogo senza peso; e non sarebbero anche presunti di esserlo, perchè le sostituzioni non si presumono: bisognerebbe a tal uopo una clausola precisa.

556. Del resto la disposizione di questo art. 1052 non pregiudicherebbe punto ai terzi i quali avessero acquistato dritti sui beni della prima donazione, in un'epoca in cui questi beni erano liberi in mano del donatario.

Il peso cui sono ora sottoposti non produrrà anche il suo effetto riguardo ai creditori e terzi acquirenti del gravato, se non dal dì della trascrizione degli atti di disposizione, come tra poco lo spiegheremo.

557. Nelle sostituzioni in due gradi, i gradi debbono computarsi come si computavano vigente l'ordinanza del 1747.

In conseguenza debbono computarsi per capi e non per istirpi; in modo che ogni persona sia calcolata per un grado; art. 33 tit., 1.°

In caso che la sostituzione sia stata fatta in vantaggio di molti fratelli o sorelle (1) chiamati congiuntamente, saranno riputati di aver riempito un grado ciascuno per la parte che avrà raccolta ne' beni gravati; talmentechè se la detta parte passi

(1) Nel testo dell'ordinanza si legge o *altri*; ma presentemente, anche dopo la legge del 1826, non puossi far la disposizione che a favore di fratelli o sorelle, figli del gravato.

di poi ad un altro sostituito (1), sia considerato come quello che riempie a tale riguardo il secondo grado ; art. 54.

558. Nelle antiche regole una donazione, anche tra vivi, di beni presenti, o una istituzione contrattuale, poteva esser fatta col peso di conservare i beni a chi il donante o il donatario volesse scegliere : soltanto, e come abbiamo detto più sopra, colui ch' era eletto non poteva esser di poi gravato di alcuna sostituzione, sotto pretesto dell' elezione fatta in suo favore. Tali erano le disposizioni dell'art. 4, tit. 1.° dell' ordinanza del 1747. Ancora, l' art. 18 autorizzava di costituirsi questo peso nelle donazioni tra marito e moglie, o fatte dal padre di famiglia ai figli sotto la sua potestà, o altre donazioni a causa di morte, nei paesi in cui erano esse in uso.

559. Il Codice tace su questo *peso di eleggere*, e semplice ne è il motivo : le donazioni fatte con simil peso erano tante vere sostituzioni fedecom-

(1) L' ordinanza soggiunge dopo questa parola : *anche ad uno di quelli che fossero stati chiamati congiuntamente* ; ma la sostituzione, eziandio dopo la legge del 1826, non può aver luogo a favore de' chiamati reciprocamente fra essi dopo che avessero raccolto. Finchè non abbiano raccolto, se uno di loro muoia senza discendenti, la sua parte ben si accresce a quella degli altri, ma non è questa una sostituzione fedecommessaria, è un dritto di accrescimento; e quando essi abbiano tutti raccolto, la porzione di colui che muoia appartener non può ai suoi fratelli o sorelle che a titolo di eredi, e nel caso in conseguenza in cui non lasciasse discendenti che si qualificassero eredi. Al contrario nell'antico dritto essa avrebbe potuto passar loro per via di sostituzione, anche quando avesse lasciato discendenti, per esempio figlie.

messarie, allorchè il peso di eleggere poteva non esercitarsi dal donatario che a morte sua, e generalmente veniva così inteso. Ora il Codice nelle sostituzioni che autorizza richiede all'opposto che la disposizione sia fatta a favore di tutti i figli del donatario, dell'erede istituito o del legatario, nati e da nascere, e senza eccezione o preferenza di età ovvero di sesso. A cagion d'esempio, una istituzione contrattuale fatta colla clausola che il coniuge donatario (dopo di aver conseguito la donazione) scegliesse un figlio del matrimonio perchè il medesimo avesse egli solo i beni donati, non sarebbe stata una istituzione colle caratteristiche che il Codice (art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*) annette a queste specie di liberalità; giacchè si sarebbero donati in tal modo beni futuri per atto fra vivi, con effetti diversi da quelli che producono le donazioni di tal qualità nel modo onde sono autorizzate dal Codice. Ma dopo la legge del 17 maggio 1826 non vedesi perchè simile disposizione non potrebbe aver luogo, mentre il donante poteva stipulare che in caso di premorienza del donatario per riguardo a lui, la donazione sarebbe caduca, ed escludere così l'effetto della presunzione stabilita nella seconda parte dell'art. 1082 c. c.=*1038 ll. cc.*. Se lo potè, e ciò non è per noi dubbioso, potè pure, come nelle antiche regole, far la donazione col peso che il donatario il quale gli sopravvivesse sceglierebbe uno de' figli per consegnargli i beni donati : chi può il più

può il meno. Se non l'avrebbe potuto vigente il Codice, egli era per una ragione che non più sussiste dopo la legge del 1826. Del resto è necessario che il peso di eleggere abbia luogo a favore di un figlio del donatario, perchè questa legge sia osservata nelle sue relazioni col Codice.

560. Nettampoco vedesi perchè una donazione tra vivi di beni presenti o un legato non potrebbero farsi, dopo questa legge, con facoltà ovvero peso pel donatario o legatario di eleggere uno o più suoi figli, anche a morte di lui. Nel caso in cui vi fosse peso di eleggere a morte, si ritroverebbero, a dir vero, nella disposizione i requisiti della sostituzione fedecommessaria: peso di conservare (1) e di restituire ad un terzo; soltanto se il terzo non fosse nominatamente designato dal donante o testatore, ne sarebbe lasciata la designazione al donatario o legatario.

Ma questa sostituzione, che sarebbe stata proibita dal Codice, è autorizzata dalla legge del 1826; mentre perchè mai, subito che l'eletto dev' esser preso fra i figli del donatario o legatario, non potrebbe il donante o testatore lasciargliene la scelta, come può farlo egli stesso, come poteva anticamente lasciargliela, anche in favore di un estraneo? Niun motivo vi si oppone: quelli che

(1) Nel tomo precedente dimostrammo che il peso di conservare doveva intendersi in generale nello spirito del Codice, perchè vi fosse sostituzione, del peso di conservare in vita per restituire al terzo in morte.

vi si opponevano secondo il Codice più non sussistono. Non vi sarebbe anche sostituzione imperando il Codice, se la clausola avesse semplicemente contenuto *facoltà* di eleggere in ogni epoca, o peso di eleggere durante la vita: soltanto nella prima ipotesi, siccome la donazione o il legato sarebbe stato senza *peso* in mano del donatario o legatario, la scelta che avesse fatta di poi si sarebbe dovuta considerare qual donazione de' proprii beni, imputabile per conseguenza sulla sua disponibile; e nella seconda ipotesi, sarebbe stata non una sostituzione fedecommessaria, ma un semplice fedecommesso, validissimo in sè, basta che la scelta si fosse fatta a favore di una persona già nata o conceputa al momento della donazione, o della morte del testatore; art. 906 c. c. = *822 ll. cc.* Nè si sarebbe potuto opporre che il fedecommesso era nullo come fatto a persona incerta, giacchè precisamente la persona non sarebbe stata incerta; facendo parte di una classe limitatissima, e potendo così essere facilmente riconosciuta con l'elezione, sarebbe stata certa come negli altri casi. La regola che non si può legare a persona incerta esisteva ugualmente nell'antico diritto, e tuttavolta non ostava alle clausole contenenti facoltà o peso di eleggere.

Laonde dopo la legge del 1826 veruna solida obbiezione può opporsi alla validità di una donazione o di un legato fatto con facoltà o anche con peso pel donatario o legatario di eleggere, o du-

rante la sua vita, o anche a morte sua, uno de' suoi figli, per raccogliere il beneficio della disposizione. Può rimettersi per questa scelta al donatario o al legatario, come può farla egli stesso. Soltanto, e secondo lo abbiam detto, se vi sia semplice facoltà di eleggere, la donazione è senza peso in mano del donatario o legatario, e si reputerà di aver egli fatto una donazione de' proprii beni se usa della detta facoltà. Se vi sia peso di eleggere, e debba esso adempiersi ad una determinata epoca prima della sua morte, sarà questo un semplice fedecommesso a termine. Infine se il peso è di restituire in morte sua a quello che verrà da lui scelto, sarà dessa una vera sostituzione fedecommessaria, differente soltanto da quelle autorizzate dal Codice, in quanto che queste dovevano essere a vantaggio di tutti i figli nati e da nascere, senz' alcuna distinzione o preferenza di età o di sesso, mentrechè quella di cui si tratta sarebbe a vantaggio di uno o più figli, come lo permette la legge del 1826.

SEZIONE II.

Delle obbligazioni che il peso di restituzione impone al gravato, de' suoi dritti, dell' apertura della sostituzione e de' dritti de' chiamati, e di quelli de' terzi nei diversi casi.

SOMMARIO.

§. 1.°

Delle obbligazioni che il peso di restituzione impone al gravato.

§. II.o

De' dritti del gravato.

592. *Come debbano farsi le transazioni per essere obbligatorie pei chiamati.*

593. *Il godimento del gravato, in generale, è simile a quello di un usufruttuario, e deve egli adempiere ai medesimi pesi. Rimessione al volume precedente.*

594. *Del tesoro trovato sul fondo gravato.*

595. *Dritti delle mogli de' gravati su i beni sostituiti.*

§. III.

Dell' apertura della sostituzione e de' dritti de' chiamati.

596. *Testo dell' art. 1053 c. c.*

597. *Per quali cause si aprono le sostituzioni.*

598. *Caso di morte naturale o civile del gravato.*

599. *Caso di scomparsa del gravato senza che dia sue notizie.*

600. *Donazioni tra vivi con peso di restituzione rivocata per causa d' ingratitudine del donatario.*

601. *Caso di un legato rivocato per indegnità o ingratitudine.*

602. *Caso in cui il legatario con peso di restituzione non voglia raccogliere il legato.*

603. *Perdita di dritti del gravato per grave abuso di godimento: ciocchè i tribunali possano fare in caso di abuso.*

604. *I creditori del gravato possono intervenire e dar sicurtà.*

605. *L' abbandono anticipato che fa il gravato del godimento non può nuocere a' suoi creditori anteriori all' abbandono.*

606. *L' abbandono anticipato neanche può nuocere ai chiamati che sieno nati dopo. Diverse ipotesi.*

607. *Caso in cui la sostituzione sia stata fatta per aprirsi ad un' epoca stabilita, o quando si verifichi un avvenimento preveduto, o successivamente alla età maggiore o al matrimonio de' chiamati.*

608. *I chiamati profittano degli aumenti naturali e delle migliorie fatte dal gravato. Circa alle costruzioni fatte da quest' ultimo, rimessione al volume precedente.*

609. *I chiamati profittano ancora delle prescrizioni acquistate, ma qualche volta ne profitta il solo gravato.*

610. *La prescrizione decorre forse vigente il Codice rispetto ai beni gravati di restituzione? discussione.*

611. I chiamati son tenuti a dimandare il rilascio in tutti i casi in cui non si qualifichino eredi del gravato; ma circa ai frutti, distinzione da farsi.

612. A chi mai, se al gravato o ai chiamati giovano le rimessioni di debiti fatte al primo dai creditori della sostituzione? la quistione decisa con una distinzione.

613. Rendimento del conto della sostituzione.

561. Svilupperemo successivamente quanto concerne le obbligazioni ed i dritti del gravato, l'apertura della sostituzione, i dritti de' chiamati, e quelli de' terzi nei diversi casi.

In un primo paragrafo parleremo delle obbligazioni che il peso di restituzione impone al gravato;

In un secondo, de' suoi dritti;

Ed in un terzo, dell' apertura della sostituzione e de' dritti de' chiamati.

§. I.°

Delle obbligazioni che il peso di restituzione impone al gravato.

562. Chi dona o lega con peso di restituzione può col medesimo atto, o con atto posteriore in forma autentica, nominare un tutore incaricato dell' esecuzione della sua disposizione: questo tutore non può essere dispensato se non per una delle cause espresse nella sez. VI del capit. II del titolo *della Minore età, della tutela e dell' emancipazione*; art. 1055 c. c. = *1011 ll. cc.* (1).

(1) Non avendo prescritto il Codice da chi sarebbe fatta questa

563. Siccome è questo un tutore per un oggetto speciale, l'ipoteca legale stabilita dall'art. 2117 e 2135 c. c. = *2003 e 2021 ll. cc.* a vantaggio de' minori e degl' interdetti sui beni del loro tutore, non ha luogo su quelli del tutore nominato per la sostituzione, sebbene i chiamati fossero minori. Questo tutore altronde non amministra; non deve render conto, quantunque sia risponsabile nei casi dalla legge determinati.

In quest' ultimo caso neanche avvi tutore surrogato; l'art. 409 c. c. = *330 ll. cc.* non è applicabile, perchè esso deve intendersi delle tutele ordinarie, nelle quali il tutore amministra, e non di una tutela *ad hoc*, come quella di cui si tratta; per cui l'art. 1055 c. c. = *1011 ll. cc.* non parla in alcun modo del surrogato tutore.

564. Se l' autore della disposizione non ha nominato alcun tutore, o se chi lo sia stato ha avuto giusti motivi di scusa, devesene nominare uno ad istanza del gravato, o del suo tutore, se egli è minore, nel termine di un mese da computarsi dal giorno della morte del donante o del testatore, o dal giorno in cui, dopo la morte, si avrà

---

nomina, e rinviando tuttavia al titolo *della tutela* pei motivi di dispensa, è da credersi che s' intese di doversi fare con un consiglio di famiglia. Ma essendo nominato questo tutore nell' interesse de' chiamati alla sostituzione, il consiglio di famiglia deve esser composto, per quanto sia possibile, dei parenti ed affini di questi ultimi, presi dal lato paterno e dal materno. Nondimeno se il gravato non fosse maritato, è chiaro che non si potrebbe comporre il consiglio di famiglia se non de' suoi parenti o affini.

*

notizia dell' atto contenente la disposizione; art. 1056 c. c. = *1012 ll. cc.*

565. L' art. 1057 c. c. = *1013 ll. cc.* dice che l gravato che non abbia adempito a questa obbligazione, *decade* dal beneficio della disposizione; ed in tal caso il dritto *potrà* dichiararsi devoluto a favore de' chiamati, o ad istanza loro, o, se sono minori o interdetti, ad istanza del loro tutore e curatore, o di qualunque parente de' chiamati maggiori, minori o interdetti, o anche di ufizio a richesta del procuratore del Re presso il tribunale di prima istanza del luogo in cui si è aperta la successione.

566. Siffatto testo fu interpetrato diversamente: la parola *decade*, la quale esprime una *disposizione positiva*, espressa ed assoluta, seguita da queste: ***ed in tal caso il diritto potrà dichiararsi devoluto a favore de' chiamati***, che sembrano modificarne il senso, non furono intese nel medesimo modo da tutti i comentatori del Codice.

Quindi secondo alcuni (1), il gravato, anche quando fosse minore, decade dal dritto per mancanza di nomina del tutore per l'esecuzione, salvo il suo regresso contra il proprio tutore se sia minore, in conformità dell' art. 1074 c. c. = *1030 ll. cc.* Ma ciò non vuol dir necessariamente che il dritto sarà aperto a vantaggio de' chiamati, poichè può avvenire che non ve ne sieno ancora esistenti;

(1) Specialmente Delvincourt.

ed appunto nella possibilità di tal caso l'art. 1057 c. c. = *1013 ll. cc.* dice e doveva dire che il dritto *potrà dichiararsi devoluto a vantaggio de' chiamati*, cioè se ve ne esistano allora. Nel caso contrario i beni debbono ritornare nella eredità del disponente, in cui saranno divisi come gli altri beni di quest' ultimo, col peso di cui sono affetti a vantaggio de' chiamati che sopravvenissero; ma se altronde esistano chiamati, il dritto dev' essere dichiarato devoluto a loro vantaggio, salvo ad essi l'obbligo di farvi partecipare gli altri chiamati che nascessero in prosieguo. In modo che essi raccolgono sin dal presente la sostituzione, *sed cum onere.*

Altri credono (1) al contrario che questa parola *decade* non debba rigorosamente intendersi alla lettera; che sia in qualche modo comminatoria; e che combinandola con quelle che seguono: *e in tal caso il dritto potrà dichiararsi devoluto*, ne risulta che la decadenza dipende dalle circostanze, secondo le quali i giudici potranno pronunziarla immediatamente, o dopo un nuovo termine che crederanno di dover accordare per la nomina del tutore.

Quest' ultima interpetrazione lascia troppo latitudine ai magistrati, in quanto che potrebbero dispensarsi dal pronunziare la decadenza quantunque già esistessero chiamati, e fosse grande la ne-

(1) Tal' è l' interpetrazione di Grenier.

gligenza del gravato maggiore, mentrechè lo stesso art. 1057 c. c. = *1013 ll. cc.* la pronunzia positivamente: *il gravato decade*. E per salvare il gravato dalla decadenza, soprattutto il gravato maggiore e non interdetto, quando vi sieno chiamati o quando ne sopravvengano, non dev' esservi se non il caso di forza irresistibile o d' impossibilità risultante dalle circostanze, che dispensa quasi sempre.

Ma la prima interpetrazione ci sembra puranche erronea; perciocchè tende a far ritornare i beni nella eredità del disponente a vantaggio de' suoi eredi, che qui sono terzi, cui è interamente estraneo l' espediente della nomina del tutore. La legge non potè ragionevolmente voler istabilire la pena della decadenza nel loro interesse, e non puossi dire con qualche verisimiglianza, per motivare questa opinione, che si presume di aver il disponente fatto la disposizione sotto una tacita condizione risolutiva: tale non fu la sua volontà, poichè spogliava i suoi eredi con questa medesima disposizione.

567. Crediamo dunque su questo punto: 1.° che l' apertura della sostituzione deve pronunziarsi, eccettochè se per forza irresistibile il gravato non ha fatto nominare il tutore per l' esecuzione nel termine stabilito dall' art. 1057 c. c. = *1013 ll. cc.*, qualora altronde esistano allora chiamati i quali possano raccogliere il dritto; 2.° che il dritto di sostituzione non deve dichiararsi devoluto, anche quando

il gravato fosse in colpa, se esistano ancora chiamati, salvo al tribunale di ordinare le misure conservatorie che giudicherà convenevoli nell'interesse di coloro che sopravvenissero, specialmente la nomina di un tutore per l' esecuzione; 3.° che nel caso in cui il gravato fosse in colpa, dev'essere dichiarato decaduto subitochè sopravverranno chiamati, anche un solo: allora la sostituzione dovrà dichiararsi aperta a loro favore, ad istanza delle persone indicate nell'art. 1057 sopraccitato, ma tuttavia i chiamati attualmente esistenti dovranno far partecipare della disposizione coloro che sopravvenissero in prosieguo, e per la conservazione de' loro dritti dovrà mantenersi il tutore; 4. che fino a quando la sostituzione non sarà dichiarata aperta, il gravato, malgrado la sua colpa di non aver fatto nominare il tutore, raccoglierà i frutti senza esser tenuto a restituirli ai chiamati, perchè gli avrà raccolti sopra una cosa che apparteneva tuttavia a lui; 5.° che da quando si fece luogo alla sostituzione, i chiamati che saranno nati o conceputi avran dritto ai frutti, senza essere obbligati a farvi partecipare in appresso gli altri chiamati che sopravvenissero, attesochè costoro non possono aver dritto prima della loro nascita o almeno del loro concepimento, ed avendo la loro parte in quelli raccolti dopo quest' epoca, profittano puranche della decadenza del gravato per quanto la natura delle cose lo permette: i chiamati esistenti hanno in lor favore il dritto comune, che fa acquistare

i frutti ai possessori in buona fede (art. 549 c. c.= *474 ll. cc.*); 6.° che se uno de' chiamati muoia prima del gravato, senza lasciar figli o discendenti, la sua parte nella sostituzione deve restare esclusivamente agli altri, per dritto di accrescimento; imperocchè la perdita del dritto del gravato non deve cangiare l'ordine consueto delle cose: or senza siffatta perdita la premorienza di un chiamato, morto senza lasciare discendenti, avrebbe fatto accrescere la sua parte a quella de' sostituiti con lui. Si fece luogo, è vero, alla sostituzione, ma unicamente nell' interesse de' medesimi chiamati: essa non fu snaturata con questa perdita di dritto; siffatto avvenimento non deve pregiudicare che al gravato, e non a quei chiamati che gli sopravvivessero, e pregiudicherebbe a questi ultimi se la parte de' premorti dovesse dividersi, come gli altri loro beni, per via di eredità: il gravato decaduto dal dritto ne raccoglierebbe una porzione in pregiudizio de' suoi figli viventi, e questo non deve avvenire. Egli deve poter raccogliere sol nella eredità dell' ultimo di tutti i chiamati, e soltanto in linea di successione, una parte nei beni sostituiti, i quali allora si son confusi diffinitamente cogli altri beni di questo chiamato. Tal'è, crediamo, il vero spirito di questo art. 1057 c. c.= *1013 ll. cc.*

568. Se taluno stesse rigorosamente alla disposizione di questo articolo, combinata con quella dell' art. 1074 c. c. = *1030 ll. cc.*, sarebbe in-

dotto, è vero, alla conclusione che, anche quando il tutore del minore gravato fosse insolvibile, la perdita del dritto non dovrebbe esser meno pronunziata contra quest' ultimo per mancanza di nomina del tutore per l'esecuzione nel termine prescritto, se pur tale nomina non fosse avvenuta per forza irresistibile; imperocchè quest' ultimo articolo dice positivamente che, anche nel caso della insolvibilità del suo tutore, il gravato minore non potrà essere restituito contra la inesecuzione delle regole a lui prescritte dagli articoli del presente capitolo. Or una di queste regole, la prima di tutte, quella alla inosservanza della quale la legge credette di dover più specialmente ancora applicare la severità delle sue disposizioni, è la nomina di un tutore per l'esecuzione nel termine da essa a questo effetto stabilito.

Ma da un' altra parte i tribunali saranno naturalmente indotti, e con uno spirito di equità e di giustizia, a scorgere una specie di forza irresistibile nella età minore del gravato. Siccome qui non si tratta dell' interesse de' terzi, ma soltanto di un godimento anticipato pe' chiamati, modereranno con una equabile interpetrazione ciocchè la legge lor presentasse di troppo rigoroso nelle sue letterali disposizioni; preferiranno di attenersi al suo spirito, che è di assicurare l'esecuzione della volontà del disponente punendo il gravato che non volesse scientemente e liberamente riconoscerla, e non di render vana questa medesima volontà pronun-

ziando la perdita del dritto contra colui che non commise alcuna colpa a tal riguardo.

E bisognerà ancora che la negligenza, la colpa del tutore del minore sian gravi perchè, nel medesimo caso in cui fosse solvibile, i tribunali pronunzino la perdita del dritto del gravato a fin di sottomettere questo tutore ad essere responsabile delle conseguenze di tale perdita.

569. Dopo la morte di colui che ha disposto col peso della restituzione, si deve procedere nelle forme consuete all' inventario di tutti i beni che compongono la di lui eredità, eccettuato il caso in cui si tratti soltanto di un legato particolare. Questo inventario deve contenere la stima a giusto prezzo di tutti i beni mobili; art. 1058 c. c. = *1014 ll. cc.*

Esso è fatto ad istanza del gravato di restituzione, e nel termine stabilito nel titolo *delle Successioni*, presente il tutore nominato per l' esecuzione. Le spese si prendono da' beni compresi nella disposizione; art. 1059 c. c. = *1015 ll. cc.*

Se nel termine sopra espresso non siasi fatto l' inventario ad istanza del gravato, devesi procedere a formarlo nel mese seguente ad istanza del tutore nominato per l' esecuzione, presente il gravato stesso, o il suo tutore; art. 1060 c. c. = *1016 ll. cc.*

Se non siasi adempito a queste disposizioni, deve procedersi al detto inventario, ad istanza delle persone indicate nell' art. 1057 c. c. = *1013 ll. cc.*, chiamandovi il gravato o il suo tutore, ed il

tutore nominato per l'esecuzione; art. 1061 c. c. = *1017 ll. cc.*

570. Il gravato di restituzione è tenuto a far procedere alla vendita, per mezzo di affissi ed incanti, di tutti i mobili ed effetti compresi nella disposizione, a riserva però di quelli di cui si fa menzione nei due articoli seguenti; art. 1062 c. c. = *1018 ll. cc.*

La mobiglia e gli altri beni mobiliari che si sono compresi nella disposizione coll'obbligo espresso di conservarli nella stessa specie, debbono consegnarsi nello stato in cui si troveranno nel tempo della restituzione; art. 1063 c. c. = *1019 ll. cc.*

Il bestiame e gli utensili inservienti alla coltura delle terre sono compresi nelle donazioni tra vivi o testamentarie delle dette terre, ed il gravato è tenuto soltanto a fargli stimare, per renderli di egual valore (1) in tempo della restituzione; art. 1064 c. c. = *1020 ll. cc.*

Questa disposizione, come lo dicemmo più sopra (n.° 269), è desunta dall'art. 6 del tit. 1.° dell'ordinanza del 1747, il quale per la prima volta considerò il bestiame e gli utensili inservienti alla coltura delle terre come accessorii de' detti immobili, e li dichiarò in conseguenza compresi nelle donazioni o legati fatti con peso di restitu-

(1) Il testo, edizione uffiziale, dice, *un ugual valore*, e quello dell'ordinanza *di un ugual valore*. Bisogna intendere in quest'ultimo senso l'art. 1064: il gravato deve lasciare i fondi forniti de' bestiami ed utensili necessarii.

zione, con l'obbligo pel gravato di fargli stimare e renderne di ugual valore in tempo della restituzione; il tutto senza distinguere tra le disposizioni universali e quelle a titolo particolare.

L'art. 1062 c. c. = 1018 è puranche preso dall' ordinanza, e considerando, mediante il suo confronto con l'art. 1064 c. c. = *1020 ll. cc.*, questi bestiami ed utensili come *mobili*, non è in armonia coll'art. 524 c. c. = *447 ll. cc.*; per cui bisogna riguardare questa disposizione come un vestigio dell' antico dritto. E quando anche il detto art. 1064 non esistesse nel Codice, il bestiame e gli utensili messi dal disponente nel fondo, donato o legato con peso di restituzione per la coltivazione del detto fondo, non si reputerebbero meno compresi nella sostituzione, come accessorii, eccetto clausola in contrario. In vece che la disposizione dell' ordinanza su questo punto aveva la sua precisa utilità, poichè introduceva un nuovo dritto.

571. Il gravato, nel termine di sei mesi dal giorno in cui si sarà compiuto l' inventario, deve impiegare il contante, il prezzo de' mobili e delle cose vendute, e ciò che si è riscosso da' crediti ereditarii.

Questo termine, quando occorra, può prorogarsi; art. 1065 c. c. = *1021 ll. cc.*

Il gravato è similmente tenuto ad impiegare il danaro provveniente dalla esazione de' crediti e dalla restituzione de' capitali, entro tre mesi al più

tardi dopo seguita l' esazione; art. 1066 c. c. = *1022 ll. cc.*

572. La legge non richiede, perchè i debitori sieno validamente liberati da' pagamenti che fanno al gravato, che sia presente il tutore nominato per l' esecuzione; essa neanche richiede la sua presenza alle restituzioni de' capitali che faranno i debitori; ma è tuttavia più prudente di farle in presenza del tutore, ancorchè fosse per prevenire dubbii.

573. Se il disponente abbia specificato la qualità de' beni ne' quali debba farsi l' impiego, deve eseguirsi la sua volontà; altrimenti non potrà farsi se non coll' acquisto di beni immobili, o con privilegio sopra beni immobili; art. 1067 c. c. = *1023 ll. cc.*

E l' impiego deve farsi coll' intervento e ad istanza del tutore nominato per l' esecuzione; art. 1068 c. c. = *1024 ll. cc.*

574. L' impiego con privilegio sopra beni immobili avrebbe luogo facendo servire i danari a pagare un venditore, ovvero gli architetti o gli operai i quali fecero migliorie ad immobili: la surrogazione al privilegio di questo venditore o di questi operai si acquisterebbe adempiendo le condizioni prescritte da' n.i 2 e 5 dell' art. 2103 c. c. = *1972 ll. cc.* Si potrebbe puranche far l' impiego con privilegio sopra immobili acquistando la surrogazione ai dritti di altri creditori aventi privilegio sopra quest' immobili, come i creditori di

un defunto o i legatarii, sopra i beni ereditarii; un coerede o condividente sopra i beni spettanti ad un altro coerede o condividente, per sicurezza del compenso o pareggiamento di quota dovuta ai primi; art. 2113 - 3.°, 2109, 2111 e 1250 c. c. = *1999 - 3.°, 1995 1997 e 1203 ll. cc.*

Ma l'impiego con privilegio non sempre sarà facile a farsi, e non si scorge perchè quello fatto con prima ipoteca non soddisferebbe ugualmente al fine della legge, poichè una prima ipoteca presenta generalmente la medesima sicurezza di un privilegio. Laonde non si crederebbe forse senza fondamento che queste parole, *con privilegio sopra immobili*, sieno state usate per significare *con causa legittima di preferenza sopra immobili*; in conseguenza per esprimere l'ipoteca del pari che il privilegio; art. 2094 c. c. = *1964 ll. cc.* Nondimeno dicendo il testo *privilegio*, bisognerà conformarvisi, per quanto sia possibile.

575. La legge non si limitò a prescrivere, nell'interesse de' chiamati alla sostituzione, le formalità di sopra enunciate; ma ne prescrisse puranche nell'interesse de'terzi, per far loro conoscere il peso di restituzione.

In conseguenza le disposizioni per atti tra vivi o per testamento col peso di restituzione, debbono rendersi pubbliche ad istanza o del gravato, o del tutore nominato per l'esecuzione: cioè, quanto a' beni immobili, mediante la trascrizione degli atti sui registri dell'ufizio delle ipoteche del luogo del-

la loro situazione; e quanto alle somme impiegate su beni immobili con privilegio, mediante la iscrizione su' beni medesimi; art. 1069 c. c. = *1025 ll. cc.*

Quindi allorchè la disposizione comprenda immobili, l'atto che la contiene dev' essere trascritto. Per gl' immobili acquistati mediante impiego de' danari, si fanno trascrivere gli atti di acquisto, e questa trascrizione fa conoscere il peso di restituzione, mediante la menzione in tali atti della causa per la quale i detti immobili furono acquistati. In fine per le somme impiegate con privilegio sopra immobili l' atto che conferisce il privilegio dev' essere iscritto, per applicazione del dritto comune.

576. La mancanza di trascrizione dell' atto contenente la disposizione, può da' creditori e da' terzi possessori essere opposta anche a' minori o interdetti, salvo il regresso contra il gravato e contra il tutore nominato per l'esecuzione, e senza che i minori o gl' interdetti possano essere restituiti *in intero* per l' omessa trascrizione, quando anche il gravato ed il tutore non fossero solventi; art. 1070 c. c. = *1026 ll. cc.*

Questa disposizione si applica evidentemente anche alla mancanza d' iscrizione o di rinnovazione in tempo utile della iscrizione del privilegio, nei casi in cui era necessaria. L'attuale sistema ipotecario, fondato sulla pubblicità, richiede l' osservanza delle formalità prescritte, qualunque sia la

qualità del creditore. Altronde se l'art. 1070 c. c. = *1026 ll. cc.* non parla dell'iscrizione del privilegio, è questa una omissione la quale vien riparata in qualche modo dall'art. 1072 c. c. = *1028 ll. cc.*, ove se ne fa espressamente menzione.

577. Ma non bisogna credere con Grenier che, dicendo il surriferito art. 1070 in modo generale che la mancanza di trascrizione potrà opporsi *dai creditori e terzi possessori*, salvo il regresso contra il gravato e contra il tutore nominato per l'esecuzione, intenda parlare de' creditori ed acquirenti del tutore nominato per l'esecuzione, ai quali questo tutore avesse ipotecato o venduto i beni sostituiti; giacchè non potè validamente conferir dritti sopra beni che non gli appartenevano; tutte le regole vi si opporrebbero, e basta di citare a tal riguardo gli art. 1599, 2125 e 2182 c. c. = *1444, 2011 e 2076 ll. cc.* A torto dunque Grenier inferisce dalla risponsabilità di questo tutore, per mancanza di trascrizione, che la legge, nell'art. 1070 c. c. = *1026 ll. cc.*, intese parlar paranche de' creditori o terzi possessori ai quali fossero da lui provvenuti i loro dritti, come potendo desumere un mezzo da tal mancanza di trascrizione, a fin di essere conservati nelle loro ipoteche o nei loro acquisti; ciò è impossibile. Sì senza dubbio, il regresso de' chiamati avrà luogo contra il tutore medesimo, se quello che essi hanno contra il gravato fosse inefficace per effetto della sua insolvibilità, e l'articolo non vuol dir altro.

Grenier argomenta puranche dacchè, egli dice, « l'art. 1070 è conceputo nel modo medesimo che « lo era l'art. 32 del titolo II dell'ordinanza del « 1747, riguàrdante il registro e la pubblicazione « dacchè aveva luogo per le antiche sostituzioni, e « che quest'articolo era inteso nel senso che egli « l'intende con tutti i comentatori ed anche con « Pothier nella sua *Introduzione al titolo XVI* « *della consuetudine di Orleans*, n.° 18, e con « Furgole sull' art. 32 dell' ordinanza, ma special- « mente sull' art. 29, ove egli spiega ciocchè deb- « ba positivamente comprendersi per *creditori e ter-* « *zi possessori.*» A ciò rispondiamo che nè questo art. 32, nè alcun autore citato da Grenier parlò o potè parlare de' creditori ed acquirenti *del tuto-re* nominato per la sostituzione, e per una ragione ben semplice, cioè che allora non vi era tutore.

Ma in quanto ai creditori ed acquirenti del gravato, la cosa è diversa: siccome egli era proprietario non ostante il peso di restituzione, perfettamente si comprende che nell' interesse de' terzi la legge abbia dichiarato validi gli atti da lui fatti sui beni finchè questi terzi non erano avvertiti dalla pubblicità data alla sostituzione: del pari che gli atti formati da un donante sui beni donati, prima della trascrizione della donazione, sono generalmente conservati, senza che perciò si conservassero ancor quelli i quali fossero stati fatti da un individuo che non aveva alcun dritto sui beni. Nella dottrina di Grenier bisognerebbe giungere

sino a dire, per essere conseguente, che la moglie del tutore nominato per l' esecuzione è in dritto di pretendere che la sua ipoteca legale sui beni del marito si estenda puranche sui beni della sostituzione, per essersi mancato di trascrivere questa medesima sostituzione. Or, non temiamo di dirlo, una simile pretensione non potrebbe sostenersi e sarebbe anche assurda.

I creditori ed i terzi acquirenti del donante tra vivi con peso di restituzione potrebbero ugualmente prevalersi della mancanza di trascrizione de' beni donati.

578. La mancanza della trascrizione non può esser supplita nè sanata per la notizia che in qualunque altro modo, fuorchè per mezzo della trascrizione, i creditori o i terzi possessori potessero aver avuta della disposizione; art. 1071 c. c. = *1027 ll. cc.*

Per la medesima ragione, la mancanza d' iscrizione del privilegio non può essere supplita, nè riguardata come sanata colla notizia che questi creditori o terzi possessori avessero potuto avere dell' esistenza di tale privilegio con altro modo fuorchè quello dell' iscrizione.

579. Del resto non possono in alcun caso i donatarii, i legatarii, o gli credi legittimi di colui che avrà fatto la disposizione, e nè pure i loro donatarii, legatarii o eredi, opporre ai chiamati la mancanza di trascrizione; art. 1072 c. c. = *1028 ll. cc.*

L'art. 34 del titolo II dell'ordinanza del 1747 conteneva la medesima disposizione: « I donatarii, « gli eredi isituiti, i legatarii universali o particolari, « anche gli eredi legittimi di colui che avrà fatto « la sostituzione, nè similmente i loro donatarii, « gli eredi istituiti o legittimi, ed i legatarii universali « o particolari, potranno in nessun caso oppor-« re ai sostituiti la mancanza di pubblicazione ed « il registro della sostituzione. » Non erasi creduto di dover trattare così favorevolmente gli acquirenti a titolo gratuito, come gli acquirenti a titolo oneroso o creditori del gravato. Costoro agiscono per evitare una perdita, mentrechè quelli agiscono per fare un lucro; or generalmente i primi son risguardati dalla legge con maggior favore.

580. Nelle regole dell'ordinanza del 1747 combinate con quelle dell'ordinanza del 1731, il donatario tra vivi con peso di restituzione non avea potuto far pubblicare e registrare la sostituzione se non dopo di aver fatto insinuare la donazione. In guisa che se non avesse fatto insinuare nel termine di dritto, la donazione era senza effetto anche riguardo ad un donatario posteriore che il primo avesse fatto insinuare; e se il donatario gravato di restituzione il quale aveva fatto insinuare la donazione, non aveva di poi renduta pubblica la sostituzione, i suoi creditori ed i suoi acquirenti potevano opporre la mancanza di pubblicazione ai chiamati. Ma questi donatarii, eredi e legatarii, non meno che i donatarii, eredi e legatarii del-

l'autore della sostituzione non potevano prevalersene contra questi medesimi chiamati.

L' art. 941 c. c. = *865 ll. cc.* dice che la mancanza di trascrizione delle donazioni tra vivi può opporsi da qualunque persona interessata, eccettuati però coloro che hanno l' obbligo di farla eseguire, e che hanno causa da essi ed il donante.

Spiegammo questa disposizione nel tomo precedente; in ispecie sostenemmo che un donatario posteriore del medesimo immobile il quale abbia fatto trascrivere possa opporre al donatario anteriore la mancanza di trascrizione, e l'art. 1072 c. c. = *1028 ll. cc.* non è contrario; giacchè richiede soltanto che le persone da esso enunciate non possano opporre la mancanza di trascrizione *ai chiamati*; or il gravato non è un chiamato. La regola del succitato art. 941 conserva dunque tutta la forza a suo riguardo. Come lo abbiam detto, la mancanza d' insinuazione della donazione, negli antichi principii, la rendeva inefficace anche riguardo ad un donatario posteriore, e siccome la trascrizione fa le veci dell'insinuazione, siccome l'art. 941 dichiara che la mancanza di trascrizione può essere opposta da qualunque persona interessata (eccettuate le persone che hanno l' obbligo di far eseguire la detta trascrizione, loro aventi causa ed il donante), ed in fine siccome un secondo donatario è evidentemente nel numero delle persone che hanno interesse ad opporre la mancanza di trascrizione, ne conchiudiamo che può infatti opporla al

donatario gravato, nonostante il peso di restituzione. Ma poichè, attesa la sua qualità di donatario dell' autore della sostituzione, non può prevalersi della mancanza della trascrizione rispetto ai chiamati, i beni rimarranno in suo potere col peso di restituzione, come vi sarebbero stati in potere del gravato, ed egli dovrà adempiere gli obblighi inerenti a questo peso per la conservazione de' dritti de' chiamati. Tal' è il vero senso delle disposizioni di questi art. 941 e 1072 c. c. = *865 e 1028 ll. cc.*, insiem combinati.

581. Il tutore nominato per l' esecuzione è personalmente risponsabile, quando non siasi pienamente uniformato alle regole sopra stabilite per comprovare lo stato de' beni, per la vendita de' mobili, per la trascrizione e l' iscrizione; e generalmente se non ha praticato tutte le diligenze necessarie perchè venga bene e fedelmente adempito l' obbligo della restituzione; art. 1073 c. c. = *1029 ll. cc.*

582. In conseguenza i suoi eredi neanche potrebbero opporre la mancanza di trascrizione, abbenchè il succitato art. 1072 non parli di essi; ma egli è perchè fu copiato da quello dell' ordinanza, il quale non poteva far menzione degli eredi del tutore nominato per l' esecuzione, poichè non esisteva. A tal riguardo l' art. 941 c. c. = *865 ll. cc.* è dunque applicabile: or esso richiede che gli aventi causa delle persone che erano incaricate di far eseguire la trascrizione della donazione non pos-

sano opporne la mancanza. Quindi convien riportarsi a quanto fu detto su tal riguardo nel tomo precedente, n.$_o$ 520 e seguenti.

583. Le funzioni del tutore non passono a' suoi eredi, del pari che quelle degli altri tutori, mandatarii ed esecutori testamentarii (art. 419, 2003 e 1032 c. c. = *341, 1875 e 987 ll. cc.*); ma questi eredi sono tenuti agli obblighi da lui contratti per effetto della surriferita risponsabilità, del pari che delle altre sue convenzioni.

584. Se il gravato è in età minore, non può essere restituito *in intero* per la inosservanza delle regole prescritte dalle precedenti disposizioni, nè pure nel caso che il suo tutore non fosse solvente; art. 1074 c. c. = *1030 ll. cc.*

§. II.

De' dritti del gravato.

585. Abbiam parlato delle obbligazioni del gravato; ora si tratta di spiegare i suoi dritti.

Il gravato ha sui beni soggetti a restituzione il dritto di proprietà, ma di proprietà risolvibile; in guisa che può validamente venderli, ipotecarli, gravarli di servitù, di dritto di usufrutto o di uso, in somma fare tuttociò che potrebbe fare un proprietario ordinario; e tutti gli atti che avrà fatti saranno validi se non si dia luogo alla sostituzione perchè i chiamati morissero prima di lui. Ma se

ad essa diasi luogo, tuttociò che avrà fatto sui beni senza praticare le formalità che richiedeva la natura dell' atto, sarà senza effetto riguardo ai chiamati, nel caso in cui i medesimi rinunziassero alla sua eredità; art. 2125 e 2182 c. c. = *2011 e 2076 ll. cc.* Di modo che potranno rivendicare i beni alienati, e li ricupereranno franchi e liberi da qualunque peso costituito dal gravato, salvo agli acquirenti il loro regresso sui beni liberi del venditore (1).

586. Se si qualificassero suoi eredi beneficiati, potrebbero ugualmente rivendicare i beni alienati, salvo a bonificare agli acquirenti, per la garantia che lor fosse dovuta, quanto rimanesse di emolumento dalla eredità nelle loro mani, in conformità delle regole sul beneficio dell' inventario.

587. L' ordinanza del 1747 (tit. II, art. 31) permetteva anche agli eredi puri e semplici del gravato di rivendicare i beni, ma non potevano tuttavia spropriarne gli acquirenti se non dopo di aver loro rimborsato interamente il prezzo dell' alienazione e le spese del contratto.

Quindi non si applicava a questo caso l' eccezione *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (2), poichè la riven-

(1) Art. 31 del tit. 2 dell' ordinanza del 1747.

(2) In altri termini era questa l' eccezione *rei venditæ et traditæ*, sancita colla legge 1, §. 1, ff. in questo titolo, colla quale eccezione il proprietario di una cosa venduta e consegnata da colui del quale era divenuto erede, non veniva ammesso sulla dimanda per rivendicazione da lui prodotta contra il compratore in qua-

dicazione era ammessa mediante la restituzione del prezzo e delle spese.

Puossi dubitare che questa risoluzione dovesse esser seguita vigente il Codice. Era dessa fondata sul perchè il principale motivo delle sostituzioni era allora la conservazione de' beni nelle famiglie, e questo motivo non entrò che secondariamente nell' idea de' compilatori del Codice, allorchè ammisero le sostituzioni nel caso di cui si tratta; in modo che avvi ragion di credere (quantunque in adottarsi la legge del 17 maggio 1826 abbia dominato lo spirito delle ordinanze) che i chiamati i quali si fossero qualificati eredi puri e semplici verrebbero esclusi con mezzo d'inammessibilità sulla dimanda per rivendicazione che essi producessero contra i terzi detentori ai quali il gravato doveva la garantia.

588. Ma l'eccezione non dovrebbe essere opposta a ciascuno se non per la sua parte ereditaria, non ostante la dottrina, falsa a creder nostro, che l'eccezione di garantia sia indivisibile ne' suoi effetti. Del resto non è questo il momento di dissentere tale dottrina; ma il faremo in appresso.

589. Se gli eredi maggiori di età avessero acconsentito alla vendita fatta dal gravato, non potrebbero in nessun caso procedere contra l'acquirente, an-

---

lità di proprietario, attesochè nella sua qualità di erede del venditore era tenuto alla garantia verso il compratore. La l. 14, Cod. *de rei vendit*, e la l. 14, Cod. *de evictionibus*, dicono la medesima cosa.

che quando rinunziassero alla eredità del gravato, giacchè sarebbero garanti de' loro fatti. Abbenchè anticamente del pari che oggidì non si potesse rinunziare ad una futura successione nè far patti sopra la stessa, nondimeno l' ordinanza (1) autorizzava la rinunzia del sostituito, anche prima che si facesse luogo alla sostituzione; soltanto per esser valida in questo caso, bisognava che fosse fatta innanzi notaio, col gravato della sostituzione, o col sostituito chiamato dopo quello il quale rinunziava, e che rimanesse minuta dell'atto di rinunzia. Ma con queste formalità era ammessa, perchè in fatti i beni sostituiti non provvengono dalla eredità del gravato, poichè precisamente, al contrario, i chiamati possono raccogliere senza qualificarsi di costui eredi. Le leggi 1 e 16, Cod. *de pactis*, autorizzavano similmente i sostituiti a rinunziare. Vero è che il Codice civile non indica alcuna forma particolare per queste specie di rinuncie, ma anche per tal ragione bisogna riferirsi al dritto comune, e stante ciò devesi riguardare come una valida rinunzia, rispetto al compratore, il consenso che i chiamati maggiori di età danno alla vendita fatta dal gravato, senza pregiudizio però de' dritti degli altri chiamati, se ve ne fossero, i quali non avessero ugualmente acconsentito, e di quelli de' chiamati in secondo grado nelle sostituzioni fatte dopo la legge del 17 maggio 1826.

---

(1) Art. 28 del tit. 1.°

590. Se sia necessario vendere un dato immobile gravato per pagar debiti, quali son mai le formalità che debbonsi osservare nella vendita? L'annotatore di Ricard (*delle Sostituzioni*, part. II, n.o 291), dice che debbonsi osservare le formalità prescritte per la vendita de' beni de' minori. Grenier opina al contrario che è difficile di richiedere queste formalità, o quelle prescritte all'erede beneficiato o ad un curatore ad eredità giacente; che basta di osservarsi le forme indicate dal tribunale e che abbiano per risultato di esser fatta la vendita con pubblicità e senza frode, in presenza del tutore nominato per l'esecuzione; che una stima preliminare, ordinata con sentenza e fatta da' periti nominati dal magistrato, e la vendita fatta all'incanto nello studio di un notaio, dopo affissi apposti nei luoghi indicati nella sentenza, e la cui apposizione sia provata, sembrano di presentare tutte le desiderabili sicurezze. Noi puranche il crediamo. In conseguenza basterebbe una sola aggiudicazione. Ma l'importanza de' beni da vendere, e le altre circostanze, determineranno i tribunali nella scelta delle formalità da osservarsi per la vendita, ed il gravato dovrà uniformarvisi.

591. Le sentenze che ottiene il gravato riguardo ai beni sostituiti, giovano ai chiamati, anche quando il tutore nominato per l'esecuzione non fosse stato messo in causa: il gravato ha sempre qualità bastante per migliorare la cosa nell' interesse stesso de' chiamati.

Ma circa alle sentenze che sieno state profferite contra di lui a vantaggio de' terzi, bisogna distinguere.

Se il tutore nominato per la sostituzione abbia assistito il gravato nella causa, e sia stato udito il ministero pubblico nelle sue conclusioni, come richiedeva l'art. 83 c. pr. = *177 ll. pr. civ.* e l' art. 49 del tit. II. dell' ordinanza, i chiamati per impugnare la sentenza non hanno che le vie colle quali il gravato medesimo avrebbe potuto impugnarla.

Se il tutore sia stato messo in causa, ma non sia stato udito il ministero pubblico nelle sue conclusioni, la sentenza che avesse forza di cosa giudicata non potrebbe essere impugnata dai chiamati se non per via di ricorso per ritrattazione, ma il potrebb'essere con tal mezzo, in conformità degli art. 83 e 480 n.° 8 c. pr. = *177 e 544 n.° 8 ll. pr. civ.*, insiem combinati, e dell'art. 49 della precitata ordinanza.

Se il tutore nominato per la sostituzione non sia stato messo in causa, crediamo che i chiamati abbiano di più la via dell'opposizione di terzo, in virtù dell' art. 474 c. pr. = *538 ll. pr. civ.*, quando anche il ministero pubblico fosse stato udito nelle sue conclusioni. L' art. 50 dell' ordinanza era, è vero, contrario a questa risoluzione: non accordava ai chiamati che il ricorso per ritrattazione; ma allora non eravi tutore nominato per la sostituzione; esso diceva: « Le decisioni o le sentenze

« in ultima istanza, che saran profferite in contrad-
« dizione col gravato di sostituzione o con uno de'
« sostituiti, o contro le quali non potrebbe essere
« ammesso a produrre opposizione, non potranno
« essere riformate sul fondamento di un'opposizio-
« ne di terzo prodotta da quello a vantaggio del
« quale sarà aperta la sostituzione, salvo a lui di
« provvedersi in linea di lettera in forma di ricor-
« so per ritrattazione, le quali potranno esser fon-
« date o sui mezzi menzionati nell'art. 34 del
« titolo 35 dell' ordinanza del mese di apri-
« le 1667, o sulla contravvenzione alla disposi-
« zione all'articolo precedente, o sulla intera man-
« canza di valide difese da parte del gravato o
« sostituito anteriore. »

Ma questa disposizione non ha più oggidì la medesima forza: subitochè l'attuale legge richiede che un tutore bada agl'interessi de' chiamati, allorchè posson esser compromessi, e questo tutore non sia stato messo in causa, non è soltanto vero il dire che tali chiamati non sieno stati validamente difesi, è vero il dir pure che non sieno stati rappresentati, o almeno che non lo sieno stati bastantemente secondo il voto della legge, benchè il ministero pubblico sia stato udito nelle sue conclusioni, giacchè non sempre egli è in grado di prevenire gli effetti della collusione delle parti, o della negligenza del gravato. I chiamati posson dunque, invocando l'art. 474 c. pr. = *538 ll. pr. civ.*, usar della via dell'opposizione di terzo,

via più semplice e più facile di quella del ricorso per ritrattazione. Ciò posto, i terzi hanno un grande interesse che sia messo in causa il tutore nominato per l'esecuzione, e compete ad essi il dritto di richiederlo.

Del resto se i chiamati si qualifichino eredi del gravato, si applicherà quanto fu detto riguardo agli atti formati da quest' ultimo sui beni sostituiti, giacchè *in judicio quoque contrahimus.*

592. Per le transazioni, rinunzie alla lite o convenzioni, l'art. 55 del titolo II dell' ordinanza diceva che « gli atti contenenti rinunzie alla lite, « transazioni o convenzioni che verranno fatte per « l'avvenire tra colui il quale sarà gravato di so- « stituzione, o che l'avrà raccolta, ed altre parti, « sia per la validità o la durata della sostituzio- « ne, sia per la liquidazione de' beni sostituiti e « delle detrazioni, sia per riguardo al dritti di « proprietà, d' ipoteca o altri, che fossero prete- « si sui detti beni, non potranno avere alcun ef- « fetto *contra i sostituiti*, e non potrà profferir- « si alcuna sentenza in virtù de' detti atti, se non « dopo che saranno stati omologati nelle nostre « Corti di parlamento, o consigli superiori, sulle « conclusioni de' nostri procuratori generali; cioc- « chè sarà osservato sotto pena di nullità. »

Siffatte disposizioni dovrebbero similmente seguirsi vigente il Codice, con queste modificazioni tuttavia che la omologazione de' tribunali di prima istanza, sulle conclusioni del ministero pubblico,

dovrebbe bastare, come allorchè si tratti de' dritti di un assente o di transazioni nelle quali sono interessati minori o interdetti, e sarebbe necessaria la presenza del tutore alla transazione; senza pregiudizio tuttavia di quanto si è detto pel caso in cui i chiamati si qualificassero eredi del gravato.

Ma la transazione fatta anche senza usare queste formalità potrebbe invocarsi dai chiamati, con l'obbligo di valersene per intero. Tal'era lo spirito dell'ordinanza, e fu sempre così giudicato: come lo abbiam detto, il gravato ha qualità bastante per migliorare i beni sostituiti.

593. I dritti del gravato circa al godimento dei beni sono generalmente assimilati a quelli di un usufruttuario, ed è per conseguenza soggetto ai medesimi pesi. Quindi bisogna riportarsi a quanto dicemmo a tale riguardo nel tomo IV trattando *dell' usufrutto.*

594. Se sul fondo gravato fosse rinvenuto un tesoro dal gravato medesimo, questi ne avrebbe la metà come inventore, e l'altra metà sarebbe attribuita alla proprietà del fondo, la quale essendo risolvibile in mano del gravato, passerebbe ai chiamati con questa metà. E se il tesoro fosse stato scoverto da un terzo, gliene apparterrebbe la metà, e l'altra metà sarebbe attribuita alla proprietà del fondo, come si è detto (1).

595. Rispetto alle mogli de' gravati, esse non

(1) *V.* tomo IV, n.° 308 a 318.

possono avere sui beni da restituirsi veruna azione sussidiaria, in caso d' insufficienza di beni liberi, fuorchè sul solo capitale del danaro portato in dote, e nel caso soltanto che il testatore lo abbia espressamente ordinato; art. 1054 c. c. = *1010 ll. cc.*

Devesi dire che quest'azione sussidiaria avrebbe ugualmente luogo se la disposizione fosse una donazione tra vivi o una istituzione contrattuale, fatta con la espressa condizione della detta azione. L'espressione *testatore*, nel detto art. 1054, non è usata in un senso ristrettivo, per indicare che l'azione sussidiaria della moglie del gravato non potrebbe aver luogo sui beni sostituiti se non quando fossero stati donati per testamento, ed il testatore avesse in espresso modo dichiarato la sua volontà a tal riguardo, ma è usata in un senso puramente spiegativo: non eravi in fatti alcuna ragione perchè fosse diversamente.

Secondo l'ordinanza (art. 44 e segu. del tit. 1.º) le mogli dei gravati avevano di pieno dritto una ipoteca o azione sussidiaria sui beni sostituiti, in caso d'insufficienza de' beni liberi del loro marito, tanto per gl'interessi e frutti dotali che potessero esser dovuti, quanto pel fondo o capitale medesimo della dote, e quest'ipoteca o azione sussidiaria aveva luogo puranche, e di pieno dritto, a favore della moglie e de' figli per la sopravvivenza stabilita o consuetudinaria, nonchè per gli aumenti dotali. Il Codice accorda quest' azione soltanto

pel capitale del danaro portato in dote, e non per gl'interessi, ed è necessario ancora per questo che l'autore della disposizione l'abbia espressamente ordinato.

§. III.

Dell' apertura della sostituzione, e de' dritti de' chiamati

596. Giusta l'art. 1053 c. c. = *1009 ll. cc.*, « i « dritti de' chiamati saranno aperti nell'epoca in « cui per qualsivoglia causa il figlio, il fratello o « la sorella gravato di restituzione, cesseranno di « possedere i beni: l'abbandono anticipato de' be« ni a favore de' chiamati non pregiudica i credi« tori del gravato anteriori all'abbandono. »

597. Me nè questo articolo, nè alcun altro spiegano quali sieno le cause che posson dar luogo all'apertura della sostituzione. Possonsi tuttavia riassumere così:

1.° La morte naturale o civile del gravato;

2.° La sua indegnità;

3.° La sua perdita di dritti per inosservanza della legge o abuso di godimento;

4.° L'abbandono anticipato del suo godimento;

E 5.° La scadenza del giorno o l'avvenimento della condizione nei quali fu incaricato di restituire.

598. Il caso di morte naturale o civile del gra-

vato non presenta alcun dubbio; soltanto la sostituzione non sarà aperta con la morte civile, se non qualora questa morte avverrà, uniformemente alle disposizioni degli art. 26 e 27 c. c. = *29 e 30 ll. cc.*, cioè, quando la condanna sarà contraddittoria, dal giorno dell'esecuzione, o reale o per effigie; e se sia contumaciale, dopo i cinque anni che sono accordati al condannato per purgare la contumacia dall'esecuzione della sentenza per effigie; ma senza che il condannato potesse ricuperare i beni, quando anche riacquistasse la vita civile per lettere di grazia o per effetto di una nuova sentenza che l'assolvesse o il condannasse ad una pena non producente morte civile. Imperocchè i chiamati avendo acquistato il dritto, le lettere di grazia non vi posson ledere in alcun modo, del pari che il ricupero della vita civile che fa il condannato per effetto di una nuova sentenza, poichè questa sentenza non toglie gli effetti prodotti dalla morte civile nell'intervallo trascorso dallo spirare de' cinque anni sino al giorno della comparsa del condannato in giudizio; art. 30 c. c. = *33 ll. cc.*, e 476 c. ist. cr. = *475 ll. pr. pen.*

599. Se il gravato disparisse senza lasciar procura o senza dar notizie di sè, i chiamati potranno dopo quattro anni dimandare la dichiarazione d'assenza, farla pronunziare un anno dopo la sentenza che avrà ordinato l'informazione, e farsi immettere in possesso provvisionale de' beni compresi nella disposizione, mediante cauzione; art. 115,

119 e 125 c: c. = *120, 125 e 129 ll. cc.* insiem combinati. E dopo trent'anni dalla provvisionale immissione in possesso o prima, se il gravato abbia compito prima il suo centesimo anno, le cauzioni resteranno disciolte; ed i chiamati potranno dimandare l'immissione diffinitiva e dividere i beni. In somma si applicheranno generalmente le regole da noi sviluppate nel titolo *degli assenti*. Ciò posto, se il gravato sia maritato in comunione, ed il suo coniuge scelga di continuare nella medesima, impedirà, in virtù dell'art. 124 c. c. = *130 ll. cc.*, la privvisionale immissione in possesso de' chiamati nei beni sostituiti, come riguardo agli altri beni dell'assente (1).

600. Se si tratti di una donazione tra vivi non fatta a favore del matrimonio (2), e rivocata per causa d'ingratitudine del donatario verso il donante, i beni rientreranno in potere di quest'ultimo, ma col peso della restituzione a vantaggio de' chiamati, nel caso in cui i medesimi sopravvivessero al gravato. Sarebbe lo stesso anche quando i chiamati non esistessero ancora. Il gravato acquistò dritto col peso di restituir loro i beni, ed il suo

(1) *V.* tomo I.o n.o 454; e *V.* anche nel n.o 455 ciocchè devesi dire quando il chiamato muoia dopo scomparso l'assente di cui non si sono avute notizie dalla morte del chiamato: se la sostituzione abbia avuto o pur no effetto, e per ciò se spetti agli eredi del chiamato il provare che il gravato assente sia morto prima del lor autore, o agli eredi del gravato il giustificare che quest'ultimo sia sopravvissuto al chiamato.

(2) Giacchè per quelle fatte a favore del matrimonio non sono rivocabili per causa d'ingratitudine; art. 959 c. c. = *684 ll. cc.*

fatto d' ingratitudine non dee ad essi nuocere; deve lasciarli nella medesima posizione come se non fosse stato commesso.

601. Se si supponga un legato fatto con peso di restituire, ed il legatario sia indegno di raccoglierlo per ingiuria fatta al testatore, o il legato sia rivocabile per ingiuria grave fatta alla memoria di quest' ultimo, e vi sieno chiamati nati o almeno conceputi nel giorno della morte del testatore, costoro, come precedentemente dicemmo, raccoglieranno il dritto per effetto di sostituzione volgare, implicitamente compresa, in questo caso, nella sostituzione fedecommessaria. Ma se non erano ancora conceputi nel momento della morte del disponente, il legato sarebbe caduco. E nelle sostituzioni fatte a vantaggio de' figli del legatario indistintamente, anche vigente il Codice, soltanto i figli, almeno conceputi nel momento della morte del testatore avrebbero dritto alla disposizione, perchè in simil caso non può valere a loro vantaggio se non a titolo di sostituzione volgare. In guisachè la parte di coloro i quali avessero raccolto e che morissero anche senza lasciare discendenti non si accrescerebbe a quelle degli altri chiamati, ma passerebbe a' loro eredi, chiunque essi sieno.

602. E devesi dire lo stesso nel caso in cui il legatario con peso di restituzione non voglia raccogliere il legato, e lo ripudii; giacchè allora si reputa di non aver avuto maggior dritto dell'erede legittimo il quale ha rinunziato alla successione aperta

a suo vantaggio. Ma non bisogna confondere questo caso con quello in cui, dopo di aver raccolto il dritto vi rinunziasse, anche a vantaggio degli eredi del disponente; imperocchè in quest' ultimo la sua rinunzia non potrebbe nuocere ad alcuno di quei chiamati i quali avrebbero avuto dritto alla disposizione secondo la volontà del defunto, nati e da nascere, nel secondo come nel primo grado, poco importa.

L'art. 27 del titolo 1.$_o$ dell' ordinanza, come lo abbiam detto più sopra (n.º 549), prescriveva che la rinunzia dell' erede istituito, del legatario o donatario, non potrebbe nuocere al sostituito, il quale in questo caso prenderebbe il suo luogo, sia che vi fosse o pur no clausola codicillare; e, secondo l'art. 57 del medesimo titolo, allorchè il gravato di restituzione rinunziava alla disposizione fatta in suo favore, senza essersi immischiato nei beni, o senz' averla accettata nè espressamente nè tacitamente, il sostituito del primo grado doveva ancora prenderne il luogo, in guisa che tuttavia il rinunziante non fosse computato nei gradi, che cominciavano a contarsi dal sostituito. E questi articoli non distinguevano se il chiamato esistesse già o pur no nel momento della morte del testatore, autore della sostituzione: essa avea effetto in tutti i casi a vantaggio del chiamato.

In vece che, giusta la distinzione da noi fatta nelle due sopra esposte ipotesi (quella della indegnità del legatario e quella della sua rinunzia

al legato prima di averlo raccolto) non ammettiamo al contrario il chiamato a raccogliere il dritto se non quando sia almeno conceputo al momento della morte del testatore, perchè non possiamo riconoscere in lui in questo caso che un sostituito volgarmente, il quale deve per conseguenza sussistere nel tempo in cui si fa luogo al legato, poichè è chiamato a raccoglierlo *in mancanza* del legatario.

La disposizione dell' ordinanza, estesa anche ai chiamati che non ancora esistevano al tempo della morte del disponente, allorchè il legatario o l' erede rinunziava prima di avere espressamente o tacitamente accettato, eccedeva i limiti del dritto comune, e non poteva giustificarti se non con l'estremo favore di cui godevano allora le sostituzioni fedecommessarie. Imperocchè come mai supporre una sostituzione fedecommessaria quando non avvi alcuno che voglia o che possa da principio raccogliere per consegnar di poi ad un altro, affinchè costui goda per parte sua? Ciò è impossibile. Or rinunziando il legatario, non ha mai avuto, o si reputa di non aver mai avuto alcun dritto alla disposizione, e per lo stesso motivo non ha potuto conservarla per restituirla ad un altro, ch' è la vera caratteristica delle sostituzioni fedecommessarie. Si concepisce perfettamente una sostituzione volgare malgrado questa indegnità o questa rinunzia (art. 898 c. c. = *936 ll. cc.*), ma a tal uopo bisogna almeno che colui il quale venga chiamato in se-

condo grado sia egli stesso capace di ricevere dal testatore, e per conseguenza che sussista al momento della di lui morte; art. 906 c. c. = 822 ll. cc.

Non essendosi il Codice spiegato su tali punti, è questa una ragione da credere che intese riferirsi alle regole del dritto comune, come si sono da noi spiegate. Ciò non avrebbe in menomo modo formato dubbio nei principii del dritto romano ben esaminati: si sarebbe veduta nella sostituzione fedecommessaria, che sarebbe stata inefficace per la rinunzia del legatario o dell' erede istituito, una sostituzione volgare a vantaggio di colui il quale era incaricato di consegnare i beni; ma a tal uopo sarebbe stato necessario che il sostituito vivesse al tempo della morte del testatore.

Mentre che quando il dritto sia stato raccolto dall' istituito, legatario o donatario, e questi vi rinunzii anche a vantaggio degli eredi dell' autore della disposizione, si comprende perfettamente che la sua rinunzia non può nuocere ad alcuno di coloro i quali erano chiamati a questa disposizione, anche quando non fossero ancora nati; giacchè allora siamo interamente nelle regole della sostituzione fedecommessaria.

Tutto ciò che potrebbesi dire di più plausibile in favore de' chiamati che non ancora sono nati o conceputi nel momento della morte del testatore, e che, a creder nostro, non hanno alcun dritto alla disposizione, sarebbe che questi si reputa di aver voluto che ne profittino come gli altri,

ed in conseguenza che ha incaricato tacitamente di sostituzione, a loro riguardo, i chiamati già sussistenti nel momento di sua morte. Ma in primo luogo tale supposizione non salverebbe la caducità della disposizione nel caso in cui non esistesse ancora alcun chiamato, ed in secondo luogo non poggia se non sopra una congettura insufficiente a servir di base ad una sostituzione fedecommessaria, la quale anch' essa nella specie sarebbe poggiata sopra una sostituzione volgare considerata compresa in una sostituzione fedecommessaria che essa medesima ha mancato del suo effetto. Per tutti questi motivi, che si potrebbero sviluppare maggiormente, persistiamo dunque nella nostra distinzione.

603. Come abbiamo detto nel paragrafo precedente, il gravato che non ha fatto nominare un tutore per la disposizione nel termine stabilito dall' art. 1057 c. c. = *1013 ll. cc.*, allorchè l' autore della disposizione non ne avea nominato alcuno, e che non abbia per iscusa la forza irresistibile, dev' essere dichiarato decaduto subitochè sussistono chiamati; e può esserlo ancora per abuso di godimento.

In fatti se cangi l' ordine de' tagli di boschi in modo dannoso ai chiamati, se distrugga gli alberi di alto fusto, se abbatta quelli de' parchi e de' viali, se demolisca utili costruzioni, se tolga gli specchi, i tavolati ed altre cose preziose, se lasci deperire i fondi per mancanza di sufficiente manutenzione e spe-

cialmente le vigne per mancanza della necessaria coltivazione; in somma se faccia atti contrarii a quelli di un buon padre di famiglia, si pone nel caso di veder pronunziare la perdita del suo dritto per abuso di godimento, come un usufruttuario che facesse simili atti. L' art. 618 c. c. = *543 ll. cc.* gli si potrebbe applicare, per argomento. Avvi la medesima ragione che se si trattasse di un dritto di usufrutto ordinario; giacchè quantunque il gravato di restituzione sia proprietario, nondimeno il suo dritto di proprietà è risolvibile, e può ridursi in sostanza ad un dritto che non sarà stato, sotto molti rapporti, se non un dritto di godimento, simile a quello di un usufruttuario.

In conseguenza i magistrati potrebbero, secondo la gravezza delle circostanze, e nel caso in cui esistessero chiamati, anche un solo, o pronunziare in modo assoluto la sua perdita del dritto per abuso, e l' entrata in godimento de' chiamati; o senza pronunziare la sua perdita del dritto, ordinare nondimeno l' entrata de' chiamati in godimento, ma col peso di pagare annualmente al gravato una data somma.

Di più se non vi fosse ancora chiamati, i giudici potrebbero ordinare che i beni si pongano sotto sequestro finattantochè ne sopravvengano, riservando nondimeno il godimento delle rendite al gravato. Questa opinione, è vero, non vien sostenuta da alcun testo del Codice, ma è fondata in ragione, ed i tribunali sovente procedettero in tal

modo nell' antico dritto. Del resto non crediamo che in questo caso i magistrati possano pronunziare la perdita di dritti del gravato, e la riunione de' frutti alla massa de' beni. La sostituzione non può aprirsi finchè non vi sieno ancora chiamati per raccoglierla: or la perdita del dritto non è pronunziata che per dar luogo a quella. Appunto in tal senso fu da noi spiegato l' art. 1057 c. c. = *1013 ll. cc.* In modo che se non nascano chiamati, i beni, dopo la morte del gravato, apparterranno a' suoi eredi, chiunque essi sieno; e sarebbe lo stesso nel caso in cui vi fossero chiamati se la sostituzione non sia stata dichiarata aperta, e se tutti i chiamati sien morti prima di lui, anche quando avessero lasciato discendenti, poichè, come il dicemmo spiegando l' art. 1051 c. c. = *1007 ll. cc.*, la rappresentazione non ha luogo in questo caso.

604. Sarebbe ugualmente applicabile per analogia la disposizione del medesimo art. 618 c. c. = *543 ll. cc.*, il quale permette ai creditori dell'usufruttuario che ha abusato del suo godimento, d' intervenire nella causa per la conservazione de' loro dritti, offrendo la riparazione de' deterioramenti commessi, e sicurtà per l' avvenire: quelli del gravato potrebbero usare del medesimo dritto; art. 1053 c. c. = *1009 ll. cc.*

605. Quindi parimenti che la rinunzia che l'usufruttuario avesse fatto in pregiudizio de' suoi creditori può essere annullata sulla loro dimanda (e nella proporzione del loro interesse) (art. 622

c. c. = *547 ll. cc.*); così l'abbandono anticipato che il gravato avesse fatto in danno de' suoi, il cui titolo fosse anteriore all'abbandono, potrebbe esser da essi efficacemente impugnato.

606. Questo abbandono anticipato neanche può nuocere ai chiamati. In guisa che se un padre gravato di sostituzione a vantaggio di tutti i suoi figli nati e da nascere faccia l'abbandono del suo godimento, avendo allora, per esempio, due figli; e gliene nasca un terzo, questi otterrà la sua parte come gli altri nei beni. I suoi fratelli gli avran ricevuti *cum onere*. Da ciò emerge che non potranno fare una divisione diffinitiva se non per riguardo ad essi.

Vero è che il succitato art. 1053 dice che il dritto de' chiamati sarà aperto all'epoca in cui per *qualsivoglia causa* cesserà il godimento del gravato, ciocchè sembrerebbe attribuire dritti diffinitivi ed esclusivi ai chiamati allora esistenti; ma è chiaro che *per chiamati* la legge intese tutti i chiamati, poichè ne' principii del Codice la disposizione non poteva esser valida se non quando era a vantaggio di tutti i figli nati e da nascere indistintamente. L'abbandono anticipato del gravato non potè nuocere ai figli da lui avuti in prosieguo. Non può esservi grave dubbio su questo punto; ma che devesi mai dire se il figlio nato posteriormente sia morto prima del gravato senza lasciar discendenti? E se i due chiamati ch' esistevano nel momento dell'abbandono avendo diviso i beni pri-

ma della nascita del loro fratello, uno d' essi sia morto prima del gravato senza lasciar discendenti, qual debb' essere allora la parte dell' ultimo nato? e da chi debbe somministrarsi?

Se si risolva che la sostituzione siasi aperta, la parte dell' ultimo nato, supposto morto prima del gravato, senza lasciar discendenti, deve passare ai suoi eredi, qualunque essi sieno, poichè si è confuso nei suoi beni. Ma ove si creda che l' abbandono anticipato non ha fatto aprire propriamente parlando la sostituzione, questa parte deve spettare ai due fratelli, come se i beni fossero stati raccolti da tutti col peso di restituzione, perchè appartenessero in esclusivo modo, e per dritto di accrescimento, a coloro che vi avrebbero avuto diritto essi soli se non vi fosse stato abbandono.

Crediamo che bisogna considerare qual sia la natura dell'abbandono che ha avuto luogo. Se sia una semplice cessione di godimento, un semplice abbandono del dritto di raccogliere i frutti, anzichè un abbandono del dritto di proprietà che aveva il gravato, non vi è stata apertura della sostituzione, ed in conseguenza si applicherà l' ultima risoluzione. Se l' abbandono sia di tutto il dritto che avea il gravato, la sostituzione si è aperta, e si applicherà ciocchè fu detto in primo luogo. Le parole dell' atto formato tra il gravato ed i chiamati potranno sovente servire a stabilir questa distinzione; ma allorchè non risulterà dall' espressioni dell' atto, l' abbandono del godimento sarà generalmente pre-

sunto esser l'abbandono del dritto medesimo, e per conseguenza produrrà l'apertura della sostituzione.

In guisa che ponendo da parte per un momento il caso in cui sia nato un nuovo figlio, se uno di essi a vantaggio de' quali il padre abbia fatto l'abbandono muoia prima di lui, la sua parte nei beni, divisi o pur no, passerà a' suoi eredi, e non al fratello per dritto di accrescimento, purchè questi abbia accettato l'abbandono; e se abbia diviso i beni senza fare alcuna riserva; l'ha evidentemente accettato.

Nella ipotesi fatta da principio, dell'abbandono, allorchè vi fossero due figli i quali han diviso i beni, uno de' quali sia morto prima del gravato, e quando sia nato un altro figlio, il medesimo non deve soltanto avere il terzo, come se avesse diviso cogli altri, ma la metà, perchè l'avrebbe avuto se non vi fosse stato abbandono anticipato, e questo abbandono non deve nuocergli: la sostituzione a suo riguardo non si è aperta.

Ma essa lo fu riguardo agli altri, se, come lo supponghiamo, l'abbandono sia stato di tutto il dritto del gravato. In conseguenza tale metà deve esser somministrata per uguali porzioni, e dalla eredità del fratello premorto, e dall'altro fratello. In vano questi direbbe che in tal modo non gli resterà che il quarto de' beni, mentre per ragione della premorienza del fratello, ne avrebbe avuta la metà se non vi fosse stato abbandono, ed il terzo se si fosse diviso fra tutti tre; gli si risponde-

rebbe che ha considerato la sostituzione come aperta mediante l'abbandono del padre; che ha accettato questo abbandono; che in conseguenza di ciò ha diviso i beni, e che essendosi così esposto all'evento favorevole, non deve dolersi dell'evento contrario. Non può essere ammesso a dire che egli divise soltanto eventualmente, poichè sol da lui dipendeva il farne la riserva nell'atto di accettazione dell'abbandono o di divisione, e non lo fece.

Del resto nel caso di abbandono anticipato, ed in cui nascano posteriormente altri figli al gravato, tali figli non han sempre dritto di dimandare ai loro fratelli e sorelle il rilascio delle lor parti nei beni prima della morte del padre comune; giacchè se questi abbandonò soltanto il suo godimento ai figli allora esistenti, e nel loro solo interesse, per esempio, per far loro le veci di dote, o per procurar loro uno stabilimento, siccome simile abbandono sarebbe stato fatto *intuitu personæ*, gli altri avrebbero obbligo di attendere la morte del padre comune per domandare la loro parte nei beni.

Ma allora la sostituzione non sarebbe aperta, ed i frutti e le rendite raccolti sui beni dovrebbero porsi in collazione dai figli che gli avessero raccolti e che si qualificassero eredi, attesochè questi frutti raccolti sopra beni che appartenevano ancora al gravato si considererebbero donati *principaliter*, ciocchè renderebbe inapplicabile l'art. 856 c. c. = *775 ll. cc.*, e lascerebbe i figli sotto l'im-

pero del dritto comune stabilito dall'art. 843 c. c. = 762 *ll. cc.*

Al contrario se vi fosse apertura del dritto mediante abbandono di natura tale da produrla, o mediante la perdita di dritti del gravato, i frutti raccolti dai figli allora sussistenti, sino alla nascita di altri figli, non sarebbero soggetti a collazione; imperocchè coloro i quali gli avessero raccolti lo avrebbero fatto in virtù di un dritto proprio, derivante dalla volontà dell' autore della sostituzione.

607. Nel caso in cui la sostituzione sia stata fatta per aprirsi ad un'epoca determinata, o al verificarsi di un avvenimento preveduto, non avvi dubbio: si aprirà a quest' epoca, o quando si verifica tale avvenimento.

La sostituzione può anche esser fatta per aprirsi successivamente a date epoche, o quando si verificherà un avvenimento preveduto, per esempio alla età maggiore o al matrimonio de' chiamati. In questo caso la restituzione deve farsi a ciascuno di essi alla sua età maggiore o al matrimonio; e la parte di ciascun di quelli il quale sarà giunto alla sua età maggiore o che avrà contratto matrimonio gli apparterrà deffinitamente, e passerà a' suoi eredi, chiunque essi sieno, quando anche morisse prima del gravato. La sua parte è deffinitamente uscita dalla sostituzione, perchè la sostituzione si aprì a suo vantaggio: donde bisogna conchiudere che non più goda del dritto di accrescimento nella parte di un fratello il quale morisse prima di aprirsi pu-

ranche la sostituzione a suo vantaggio: essa si accrescerebbe unicamente a coloro i quali fossero nel medesimo caso di lui, e se non ve ne fossero, questa parte della sostituzione sarebbe caduca, ed i beni che la componessero sarebbero liberi in mano del gravato. In somma la sostituzione si divide tra i figli in proporzione che si apre nella persona di ciascuno di essi, e subitochè è così aperta, coloro che han raccolto il dritto sono esclusi dalla disposizione; in conseguenza non avvi più per essi sostituzione fedecommessaria, non potrebbe esservi che una sostituzione volgare, ma bisognerebbe a tal uopo che il disponente si fosse spiegato, e questa sostituzione si considererebbe di non doversi esercitare che in mancanza de' chiamati i quali rimarrebbero ancora compresi nella sostituzione fedecommessaria.

608. I chiamati alla sostituzione profittano degli aumenti fatti posteriormente ai beni, mediante alluvione o altre simili cause.

Circa alle migliorie fatte dal gravato, come se abbia piantato vigne o semenzai, disseccato paludi, concimate terre, fatte importanti riparazioni agli edifizii, abbelliti i beni, ec. ec., non è dovuta a lui, o a' suoi eredi o creditori, alcuna indennità per le sue spese, del pari che non ne sarebbe dovuto ad un usufruttuario per simili migliorie; art. 599 c. c. = *524 ll. cc.* Egli ha voluto aumentare i suoi godimenti. Può nondimeno, del pari che i suoi eredi o creditori, togliere gli

specchi, i quadri ed altri ornati che avesse fatto collocare, ma con l'obbligo di restituire i luoghi nel loro pristino stato (*ibid*, per argomento). Deve essere trattato sotto tal rapporto come un usufruttuario.

E se avesse fatto nuove costruzioni sui fondi, e non soltanto semplici migliorie o abbellimenti, si potrebbe applicare quanto dicemmo nel tomo IV, n.° 579 e seguenti (e 589), ove confutiamo una decisione la quale giudicò, per falsa applicazione, a parer nostro, dell' art. 599 c. c.=524 *ll. cc.*, che l'usufruttuario non poteva nè togliere le sue costruzioni, nè ottenere una indennità qualunque per le sue spese.

609. I chiamati profittano ancora delle prescrizioni acquistate durante il godimento del gravato, senza che debbasi distinguere se cominciarono prima o soltanto durante il suo godimento. Anche in quest' ultimo caso, si reputa possedere *propter dispositionem*, e ciò basta perchè i chiamati possano invocare la prescrizione. Essi uniscono puranche il suo possesso al loro.

Avverrà nondimeno talune volte che la prescrizione non gioverà in fatti che al gravato: ciò sarà nei casi in cui si tratterà di una prescrizione ad effetto di liberarsi, e soprattutto di quelle che sono principalmente fondate sulla presunzione di pagamento: allora il gravato si reputerà di aver soddisfatto il debito, ed egli o i suoi rappresentanti potranno portarne la somma nel conto da rendersi.

Come, *vice versa*, se avesse lasciato compiere una prescrizione del numero di quelle che decorrono anche contra i minori e gl'interdetti, egli dovrebbe compensare il valore del credito compreso nella sostituzione, e che ha fatto deperire. Si reputa di averne ricevuto il pagamento, o fatta rimessione al terzo debitore.

610. Circa alle prescrizioni che non decorrono contra i minori e gl' interdetti, anticamente si avea per massima che neanche decorrono contra i chiamati ad una sostituzione: venivan costoro assimilati ai minori. Ed a tale riguardo non facevasi alcuna distinzione tra le lunghe prescrizioni ad effetto di liberarsi, e le prescrizioni ad effetto di acquistare, nè in queste ultime tra il caso in cui provveniva al terzo il suo titolo dal gravato, ed il caso in cui gli provveniva da un altro, oppure non aveane alcuno.

Il Codice non fa eccezione riguardo ai beni sostituiti, come fa per gl' immobili dotali, e pei minori e gl' interdetti in generale, del pari che per le donne maritate in taluni casi. La regola che la prescrizione decorre contra tutte le persone, menochè esse non sieno in qualche eccezione stabilita da una legge (art. 2251 c. c. = *2157 ll. cc.*), esercita dunque tutta la sua forza. Nè si dica di non potersi prescrivere il dominio delle cose che non sono in commercio (art. 2226 c. c. = *2132 ll. cc.*), e che i beni gravati di sostituzione non sono in commercio finchè il peso non sia estinto;

giacchè si risponderebbe di non esser vero che questi beni non sieno in commercio; per lo meno vi sono tanto quanto i beni de' comuni, le foreste dello Stato, ec., che non possono anche essere alienati se non in virtù di una legge, e che potrebbero nonpertanto acquistarsi dai privati col mezzo della prescrizione, poichè la prescrizione decorre oggidì contra lo Stato; i comuni e gli stabilimenti pubblici; art. 541 e 2227 c. c. = *466 e 2133 ll. cc.* Gli stabili dotali sono, per regola espressamente dichiarati inalienabili dal Codice durante il matrimonio (art. 1554 c. c. = *1367 ll. cc.*), e ciò non impedì che si giudicasse utile di dichiarare con una espressa disposizione che la prescrizione non decorreva durante il matrimonio riguardo a questi beni, se non eransi dichiarati alienabili col contratto di matrimonio; art. 1561 e 2255 c. c. = *1374 e 2161 ll. cc.* Or nel Codice neanche avvi disposizione alcuna la quale dichiari inalienabili i beni gravati di sostituzione. Per questi beni avvien lo stesso come per gli altrui, allorchè si apra il dritto de' chiamati: allora il gravato si considera, sotto la maggior parte de' rapporti, come se non avesse avuto che un godimento simile a quello di un usufruttuario.

Si oppone l' art. 2257 c. c. = *2163 ll. cc.*, secondo cui la prescrizione non comincia a decorrere riguardo ad un credito a termine o sotto condizione, o riguardo ad un' azione per garantia, che a contare dalla scadenza del termine, dall' a-

dempimento della condizione, o dalla evizione, in virtù della regola *contra non valentem agere, non currit præscriptio.* Ma si risponde che questo articolo non è applicabile se non tra le parti contraenti, e non riguardo ai terzi. I chiamati hanno un dritto condizionale, e possono in conseguenza fare gli atti conservatorii de' loro dritti (art. 1180 c. c. = *1133 ll. cc.*), ciocchè conseguentemente comprende la facoltà di far gli atti che interrompono la prescrizione, e rende perciò inapplicabile l' adagio *contra non valentem*, ec. Infine il tutore nominato per l' esecuzione, che non era una volta conosciuto, dovè rimettere le cose nei termini del dritto comune. Il regresso in garantia contra questo tutore responsabile toglie ogni sostegno alla contraria opinione.

Del resto la prescrizione non sarà decorsa durante la età minore de' chiamati, e precisamente in virtù del dritto comune (art. 2252 c. c. = *2158 ll. cc.*); e per lo medesimo motivo non decorrerà ugualmente prima che sieno nati. Quella di dieci e venti anni ad effetto di acquistare gli stabili avrà anche raramente luogo se vi sia stata trascrizione della sostituzione, perchè la pubblicità risultante da questa trascrizione costituirà generalmente il terzo acquirente in mala fede, almeno se non per effetto di una presunzione di dritto, che non sussiste effettivamente, lo sarà sovente in fatto.

611. Il Codice tace puranche sulla quistione se

i chiamati sieno o pur no impossessati di pieno dritto per la morte del gravato; mentrechè l' ordinanza del 1747 (art. 40 del tit. 2), dichiarava che essi non lo erano mai, anche nelle sostituzioni universali, e non avevano dritto per conseguenza ai frutti che dal giorno della dimanda per rilascio. La quistione è importante nel caso in cui i chiamati non accettassero la eredità del loro padre o madre gravati di restituzione, o non l' accettassero che col beneficiò dell' inventario. Alcuni credono che, nel silenzio del Codice, debbasi decidere come allorchè vigeva l' ordinanza. Sarebbe difficile in fatti il dichiarare i sostituiti impossessati, poichè i beni compresi nella disposizione sono più o meno confusi di fatto coi beni personali del gravato, lo che richiede di doversi lor fare una liquidazione ed un rendimento di conto. Donde bisogna conchiudere che una dimanda per rilascio è oggidì necessaria del pari che nell' antico dritto. Ma circa ai frutti, crediamo che debb' esser lo stesso come pe' legati, e per conseguenza nelle sostituzioni universali o a titolo universale di una quota de' beni, che essi sien dovuti ai chiamati i quali produssero la loro dimanda per rilascio fra l' anno dall' apertura della sostituzione, a contare da quest' epoca.

612. Le rimessioni di debiti fatte al gravato dai creditori della sostituzione gioveranno esclusivamente al gravato se sieno state fatte unicamente a sua considerazione; nel caso in cui abbiano avuto

luogo anche nell' interesse de' chiamati, il gravato non potrà mettere il debito nel suo conto come se l' avesse soddisfatto, ma avrà soltanto profittato della rimessione in quanto che il suo godimento sarà stato d' altrettanto più pieno. È questa dunque una quistione di fatto, e generalmente nel dubbio la rimessione si reputerà fatta in considerazione del gravato personalmente.

613. Il conto della sostituzione si rende ai chiamati che non si qualifichino eredi del gravato, o che accettino la sua eredità col beneficio dell' inventario. Allora generalmente vien stabilito in contraddizione de' creditori, e seguonsi le regole ordinarie, salvo le particolari circostanze che obbligassero ad allontanarsene.

CAPITOLO VII.

Delle divisioni fatte dal padre, dalla madre, o da altri ascendenti, tra i loro figli o discendenti.

Nozioni preliminari

SOMMARIO

614. *Motivi del dritto che hanno gli ascendenti di far la divisione de' proprii beni tra i loro discendenti.*

615. *Queste divisioni furono risguardate sempre con favore, e nei paesi di dritto scritto, in cui era ammesso il testamento olografo, gli ascendenti potevano nondimeno testare* inter liberos *in questa forma.*

616. *In paesi di dritto consuetudinario si conoscevano ancora gli atti chiamati* dimissioni di beni, *ma il Codice non gli ammise.*

617. *Persone diverse dagli ascendenti posson mai fare la divisione de' proprii beni tra i loro eredi presuntivi? Controverria sulla regola.*

618. *L' atto qualificato divisione non sarebbe nullo pel solo motivo che fosse stato fatto da un collaterale; varrebbe come contenente disposizione di beni.*

619. *Ma altronde sarà forse regolato come un atto di divisione, per esempio sarà rescindibile per causa di lesione oltre il quarto? no.*

620. *Divisione della materia.*

614. Con la mira il padre di famiglia di prevenire le dissenzioni che la divisione de' suoi beni potrebbe far insorgere tra i figli, può farne egli stesso la divisione e la distribuzione tra loro: la legge gliene accorda il dritto, del pari che alla madre ed agli altri ascendenti. Egli è il giudice migliore di ciocchè può convenire a ciascuno per l' esercizio della sua professione, o

per qualunque altra particolare circostanza; e formando ad essi in congruo modo le porzioni, soddisfa all' interesse di tutti, e rimuove così dubbii assai spesso suscitati nelle famiglie dallo spirito di gelosia e di animosità.

Con tale mezzo evita eziandio a' suoi figli le spese considerevoli, le lentezze e le difficoltà alle quali son soggette le divisioni giudiziarie, le sole nondimeno cui fa d' uopo ricorrere quando vi sieno minori, interdetti o assenti, per non essere costretto a prolungare molto uno stato di comunione ordinariamente accompagnato da parecchi inconvenienti. L' utilità di questo dritto attribuito agli ascendenti scorgesi adunque per una moltiplicità di rapporti, che basta indicare.

615. Laonde queste divisioni furono sempre risguardate con favore, talmentechè nei paesi di dritto scritto, in cui non era ammesso il testamento olografo, gli ascendenti potevan fare in questa forma la divisione de' loro beni tra' loro figli e discendenti; era questo il testamento *inter liberos*, che non andava soggetto ad alcuna altra formalità se non a quelle de' testamenti olografi (1).

616. Si conoscevano puranche nei paesi di dritto consuetudinario le *dimissioni di beni*, le quali erano in generale altrettante divisioni per anticipazione che i genitori o altri ascendenti facevano tra i loro figli o discendenti, e che spesso lasciavan loro la facoltà

(1) *Qualicumque judicio suam declaraverit voluntatem*, dice la legge *cogitatione* 21, Cod. *tit. familiæ erciscundæ*.

di fare essi medesimi. Come il vedremo fra poco, il Codice non le ammise.

617. Ma si è domandato se persone diverse dal padre, dalla madre o dagli ascendenti, per esempio, i fratelli e le sorelle, potessero similmente fare la divisione de' loro beni tra i loro eredi presuntivi. Alcuni pretendono che il Codice non attribuisca simil dritto se non ai soli ascendenti; che l' intestazione di questo capitolo e l'art. 1075 c. c. = *1031 ll. cc.* non lasciano alcun dubbio a siffatto riguardo, poichè parlano soltanto de' genitori e degli ascendenti, e tale è specialmente il parere di Grenier.

Altri sostengono che quest' intestazione e questo articolo siene un vestigio dell' antico dritto, come se ne rinvengono parecchi esempii nel Codice, e che non furono concepiti in senso ristrettivo, ma sibbene in senso spiegativo: si ebbero in mira, si sostiene in questa opinione, le disposizioni degli art. 17 e 18 dell' ordinanza del 1735 *sui testamenti*, secondo i quali gli ascendenti aveano essi soli la facoltà, nei paesi regolati dal dritto scritto, di fare un testamento olografo, ma per distribuire e dividere i proprii beni tra' loro figli e discendenti, il quale testamento chiamavasi perciò *inter liberos*; e siccome costituiva questo un particolar privilegio attribuito ai soli ascendenti, era sembrato utile di formarne una espressa disposizione nell' ordinanza. Ma poichè presentemente queste divisioni fatte dagli ascendenti medesimi sono soggette alle

forme ordinarie delle donazioni tra vivi o de' testamenti, non si scorge perchè persone diverse dagli ascendenti non potrebbero usare della medesima facoltà osservando le medesime forme, e perchè colui che può privare i suoi collaterali di tutti i suoi beni, non potrebbe farne tra essi la divisione come un padre fa quella de' suoi tra i proprii figli. Ciò posto se un collaterale faccia un atto di distribuzione de' proprii beni tra' suoi eredi presuntivi, e sia stata sua intenzione di fare una semplice divisione, questa divisione sarà soggetta, come quella di un ascendente, alla rescissione per causa di lesione oltre il quarto. Tal' è la dottrina di Delvincourt.

618. Non noi sapremmo adottarla: la cosa del resto può risguardarsi sotto un doppio aspetto.

In vero se un fratello, per esempio, abbia fatto col suo testamento la distribuzione de' proprii beni tra i suoi fratelli e sorelle, assegnando a ciascuno di loro una data cosa, non avrà perciò fatto un atto nullo, quantunque vi sia positivamente dichiarato di voler dividere i suoi beni tra essi; e quelli che fossero scontenti di tale disposizione non potrebbero impugnarla e sostenere che la eredità debba dividersi secondo le regole sulle successioni legittime, sotto pretesto che l'atto non vale come atto di disposizione, attesochè il defunto vi dichiarò di voler fare una divisione, una semplice distribuzione, e nondimeno ch'è nullo come divisione, attesochè la legge non accordava a questo di fare una

divisione. Imperocchè potè al contrario lasciare i beni a' suoi fratelli con qualunque specie di espressioni atte a manifestare la sua volontà (art. 967 c. c. = *892 ll. cc.*); e generalmente ancora si troveranno nel testamento i termini ordinarii *lego*, *dono e lego*, *accordo*, *assegno*, al tale o tal altro, dopo la dichiarazione di voler fare la divisione e distribuzione de' beni: queste espressioni o altre analoghe saranno quasi sempre usate per formare la parte di ciascun fratello e sorella. Ma quando anche non si rinvenissero nell' atto, questo atto non sarebbe meno valido come atto di disposizione, *quia non sermoni res est subjecta, sed rei est sermo subjectus.*

E se si supponga che questo fratello abbia dichiarato con atto tra vivi di voler fare tra' suoi fratelli e sorelle la divisione de' proprii beni, e sieno state osservate tutte le formalità e condizioni richieste dalla legge, ciocchè bisogna ancora supporre perchè vi sia luogo alla quistione, è vieppiù difficile il pretendere, se è possibile, che simile atto non sia valido come atto di divisione perchè la legge non l'autorizzava espressamente, e come atto di disposizione perchè è desso un atto di divisione. Giacchè precisamente, siccome le forme della donazione tra vivi sono state per lo stesso motivo osservate, l'atto è valido come atto di disposizione. I fratelli in fatti dovettero accettare espressamente, poichè in diverso modo l'atto risulterebbe nullo sotto tutti i rapporti, e non vi sarebbe alcun dubbio. Facendo la distribuzione de' proprii beni

tra essi, l'autore dell'atto dovette puranche necessariamente dichiarare la sua volontà di *donare* a ciascuno di essi le cose che gli assegnava, o dovette usare qualunque altra espressione atta a manifestare la sua volontà di fare a favor loro un trasferimento della proprietà delle cose divise, poichè l'atto è soggetto alle medesime formalità, condizioni e regole che sono prescritte per le donazioni tra vivi ordinarie (art. 1076 c. c. = *1032 ll. cc.*); per conseguenza l'atto contiene disposizione.

Quindi sotto tale rapporto, stabilita da principio la quistione sarebbe risoluta nel senso di coloro i quali credono che un fratello possa eziandio fare la divisione e la distribuzione de' propri beni tra' suoi fratelli e sorelle con atto testamentario o tra vivi, quantunque dichiari espressamente in questo atto la sua volontà di fare una divisione, una distribuzione, attesochè anche con ciò farà disposizione, ed è ancora impossibile oggidì che non ne faccia in un atto tra vivi perchè quest'atto possa dar luogo alla quistione di cui si tratta, poichè altrimenti sarebbe nullo sotto qualsivoglia aspetto.

619. Ma puossi esaminare la cosa sotto altro riguardo; puossi elevare il dubbio se avendo in effetti l'autore dell'atto espressamente dichiarato di voler fare una divisione, una distribuzione de' suoi beni, questo atto sarebbe nullo nel caso in cui esistendo un erede presuntivo nel giorno della morte dell'autore del detto atto, non vi fosse stato com-

preso, e se sarebbe rescindibile puranche per causa di lesione oltre il quarto.

Si supponga in fatti che un fratello il quale si credeva morto e di cui il testatore non ebbe notizia prima che trapassasse, sia stato omesso nel testamento, o che dopo l'atto tra vivi ne sia nato un altro. Imperocchè è chiaro, almeno per noi, che se con conoscenza di causa l'autore dell'atto non parlò di suo fratello, l'esistenza di questo fratello nel giorno dell'apertura della successione non può dar luogo a pretendere, nè a lui nè agli altri, che l'atto dev'essere annullato come atto di divisione del pari che il sarebbe quello che fosse stato fatto da un ascendente. Veruna cosa l'obbligava in fatti a dare una parte a questo fratello, e per conseguenza il suo atto deve considerarsi, non come un atto di divisione fatto per prevenire quella che si sarebbe fatta secondo le regole del dritto comune tra tutti i suoi eredi presuntivi esistenti nel giorno di sua morte, ma piuttosto come un atto di disposizione a vantaggio di quelli soli da lui compresivi. È dessa una distribuzione de' suoi beni, è vero, tra costoro, ma questa distribuzione, per lo stesso motivo che non era fatta unicamente con la mira di prevenire una divisione dopo la morte, e per farne le veci, produce virtualmente attribuzione, disposizione, non solo per riguardo al fratello escluso, ma ancora per riguardo a quelli che sono stati gratificati, e tra essi. La volontà dell'autore dell'atto in questo caso è evidente; egli volle

fare e fece effettivamente disposizioni di beni, quantunque avesse qualificato il suo atto come *divisione*. Chi vuol semplicemente dividere, vuol fare quello che i suoi eredi avrebbero fatto essi medesimi; ma chi scientemente esclude uno non fa quel che avrebbero fatto i suoi eredi, ma dà con ciò medesimo la parte dell' escluso agli altri; dispone, per conseguenza. Di modo che in questo caso neanche può esservi luogo all' azione di rescissione per causa di lesione, comunque grave essa fosse.

Soltanto adunque nell' ipotesi da principio preveduta può esservi dubbio, o allorchè non essendo stato omesso alcun fratello sussistente nel tempo della morte, uno di essi dimandi la rescissione dell' atto per lesione oltre il quarto.

Eh bene! anche in questo caso ci sembra impossibile d'impugnare l'atto tra vivi sotto l' uno o sotto l'altro rapporto. Questo atto, a' termini dell'art. 1076 c. c. = *1032 ll. cc.*, (a) è regolato dai cano-

(a) Il consigliere abate Sarno nel Supremo Consiglio di Cancelleria sull' art. 1070 del progetto, osservò che comunque la divisione con atto tra vivi de' genitori sia una divisione privilegiata, e come una eccezione a quella ordinaria, deve però, astrazion fatta dalle disposizioni particolari che la reggono, esser sottoposta pure alle regole generali della divisione ordinaria, tra le quali vi è la garantia vicendevole del pagamento de' debiti.

Il Ministro Cancelliere marchese Tommasi manifestò che l' ultimo comma dell'articolo suddetto del progetto, racchiudeva le dichiarazioni richieste dal preopinante, dicendosi che questi atti sono considerati come anticipate successioni. Opinò però di doversi sopprimere le successive espressioni, *e perciò sottoposti al solo dritto fisso,* appartenendo alle leggi amministrative lo stabilire i dritti del registro.

Il detto Supremo Consiglio accolse l' opinione del Ministro Cancelliere. Trad.

ni delle donazion tra vivi propriamente dette: or le donazioni tra vivi sono irrevocabili, salvo i casi di eccezione preveduti dalla legge, ma in nessuno de' quali ci troveremmo nella specie; e la dimanda di nullità dell' atto per omissione di un erede presuntivo, o la dimanda di rescissione dell' atto per causa di lesione oltre il quarto, sarebbero ugualmente tante violazioni della regola della irrevocabilità delle donazioni. In verità allorchè l' atto qualificato divisione sia stato fatto da un ascendente, può essere impugnato per lesione di oltre il quarto, ed è anche nullo se uno de' figli o discendenti sussistenti nel tempo della morte dell' ascendente vi sia stato omesso, ancorchè questo atto fosse tra vivi; ma egli è perchè la legge lo considera come atto di divisione, quantunque lo sia con disposizione di beni; mentrechè quando venga fatto da un fratello, è tutto al contrario; è un atto di disposizione, sebbene sia stato qualificato divisione. La natura della divisione predomina nel primo; la natura della disposizione predomina nel secondo. E la ragione di siffatta differenza dipende dai rapporti rispettivi delle parti: la preterizione o la nascita di un figlio annulla la divisione del padre, perchè il padre doveva una riserva a suo figlio, ed avvi presunzione naturale e legale nel tempo stesso che se l' omise lo fece contra la sua volontà. Avvi ugualmente presunzione, se non gli lasciò che una parte di molto inferiore a quelle degli altri, che lo fece per errore, perchè si pre-

sume che il padre abbia la medesima affezione per tutti i suoi figli. Ma un fratello non dovendo alcuna legittima a suo fratello, potè non parlare di lui; e se gli lasciò meno degli altri, potè farlo con intenzione, o se anche lo fece involontariamente, non è questa una ragion bastante perchè tal fratello che ebbe meno degli altri possa impugnar l'atto, giacchè essendo supposti i rapporti tra fratelli meno stretti che tra gli ascendenti e discendenti, questo fratello non può dolersi di non essere stato così ben trattato come gli altri; non può dire che vi sia nell'atto una lesione di oltre il quarto *a suo danno*, poichè non gli era dovuta cosa alcuna.

Ed anche nel caso in cui fosse un testamento, nè pure scorgiamo come il fratello omesso potrebbe impugnar l'atto, nè come il fratello meno ben trattato degli altri potrebbe dolersi di una lesione di oltre il quarto. Si vide precedentemente (1) che nel nostro dritto un testamento non è rivocato con la sopravvegnenza di un figlio al testatore, anche quando non ne aveva al momento in cui fece testamento, e quantunque fosse morto prima di aver conosciuto la nascita o la gravidanza. Or la pretensione del fratello omesso, o del fratello che si dolesse della lesione, sarebbe una revocazione di cui il Codice non parla. Il dare oggetti a ciascuno de' fratelli o sorelle compresi nel testamento non è altro in fatti che una disposizione di beni, quan-

(1) N.° 473 e seguenti, di sopra.

tunque il testatore abbia dichiarato nell' atto di voler fare la divisione del suo patrimonio, ed abbia detto eziandio di voler fare la divisione della sua *eredità*, poichè questo testamento ha puranche, giusta l' art. 1076 c. c. = *1032 ll. cc.*, gli effetti del testamento come negli altri casi, e le disposizioni degli art. 1078 e 1079 c. c. = *1034 e 1035 ll. cc.* riguardano soltanto le divisioni fatte da ascendenti. Ma derogando questi medesimi articoli ai principii sugli effetti degli atti testamentarii o tra vivi, tali derogazioni non possono dai giudici estendersi da un caso ad un altro, soprattutto allorchè i motivi non sono gli stessi.

Del resto se tutti i beni che esisteranno a morte non sieno stati così ripartiti, e se i fratelli o sorelle che hanno ricevuto porzioni vogliano aver parte alle cose non donate o legate, allora si possono applicare le regole sulla collazione.

620. Tratteremo nella prima sezione degli atti coi quali queste divisioni posson farsi, e degli effetti della divisione mediante testamento, o atto tra vivi.

Nella seconda, della nullità e della rescissione della divisione.

SEZIONE PRIMA

Con quali atti queste divisioni possano farsi, e quali sieno gli effetti di quelle formate con testamento, o con atto tra vivi.

SOMMARIO.

621. *Le divisioni fatte da ascendenti non possono aver luogo se non con atto tra vivi nella forma delle donazioni, o con testamento.*

622. *Formalità, condizioni ed effetti generali di quelle che son fatte con testamento.*

623. *Formalità, condizioni ed effetti generali delle divisioni fatte con atti tra vivi.*

624. *Dello stato estimativo per gli effetti mobili compresi nella divisione.*

625. *Della trascrizione per gl' immobili.*

626. *Questa divisione produce oggidì spogliamento assoluto, per cui è irrevocabile, a differenza dell' antica giurisprudenza, quando non erasi fatta con contratto di matrimonio.*

627. *Bisogna in generale che l'ascendente, se voglia conservarla, si riservi il godimento de' beni divisi con atto tra vivi.*

628. *La riserva di poter ancora disporre de' beni annullerebbe l' atto vigente il Codice.*

629. *Lo stesso sarebbe della clausola di pagare debiti diversi da quelli che esistessero nel giorno dell' atto.*

630. Quid *de' debiti esistenti ed a riguardo de' quali non avvi alcuna disposizione nell' atto di divisione? Diverse distinzioni ed opinioni.*

631. *I beni non divisi che si trovano a morte dell' ascendente sono divisi in conformità della legge.*

632. *Non puossi donare la propria porzione o quota disponibile con atto di divisione fatto tra vivi, quantunque si possa donare l' equivalente, anche per quota di beni presenti: motivi della differenza.*

633. *La divisione dell' ascendente produce la garantia di dritto pel caso di evizione, come le altre divisioni: rimessione ad un volume precedente.*

621. Come il dicemmo, le divisioni di cui si tratta non possono farsi che in due modi: per atto tra vivi o per atto testamentario, con le stesse formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi o pe' testamenti; art. 1076 c. c. = 1032 *ll. cc.*

Parliamo in prima delle divisioni fatte per testamento: esse presentano meno dubbii delle altre.

622. Poichè sono soggette alle regole ordinarie de' testamenti, da ciò segue.

1.° Che devonsi osservare le forme del testamento olografo, o per atto pubblico, o mistico.

2.° Il testatore dev' essere capace di fare l' atto nel momento in cui lo fa e nel momento di sua morte.

3.° I soli condividenti capaci di ricevere dal testatore nel giorno in cui muore posson essere compresi nella divisione, altrimenti la parte degl' incapaci, per esempio de' morti civilmente, o si accrescerebbe a quella degli altri, o rimarrebbe nella successione *ab intestato*, secondo le distinzioni che noi stabiliremo *infra* 8.°

4.° La divisione può non solo comprendere i beni presenti, ma ancora i beni futuri. Tuttavolta questi ultimi non possono esservi compresi che per quote, poichè non è permesso d' indicare oggetti che non ancora si hanno.

5.° La divisione è l' opera del solo testatore; l' intervento de' figli o discendenti nell' atto testamentario, per accettare è assolutamente inutile,

ma non vizierebbe la divisione, purchè, se il testamento fosse in forma olografa, qualsivoglia scrittura, anche una sottoscrizione, non fosse apposta da persona diversa dal testatore (1).

6.° Questa divisione non impossessa i figli o discendenti, anche circa ai beni presenti: non gl' impossessa che dal giorno della morte del testatore.

7.° È sempre rivocabile da quest' ultimo.

8.° Quello de' condividenti il quale non sopravviva al testatore non trasmette la sua parte a' suoi successori o aventi causa, tranne tuttavolta a' suoi figli o discendenti i quali lo rappresentano perchè l' atto è considerato come una divisione, che non distrugge in lui la qualità di erede, ma al contrario la suppone. E se non lasci figli, bisogna distinguere: se l' ascendente abbia fatto da principio a tutti i condividenti e congiuntamente, la donazione de' beni che volle dividere tra essi, gli assegnamenti di effetti da lui fatti in continuazione dell' atto per formare la porzione di ciascun figlio non bastano per distruggere il titolo universale che domina da principio nel suo testamento; ed il dritto di accrescere avrà luogo tra i figli esistenti. Anticamente ciò si ammetteva senz' alcun dubbio. Auroux - des - Pommiers, sull' art. 216 della consuetudine del Borbonese, nella quale queste divisioni erano frequenti, lo risolvea così, e Grenier adottò siffatta risoluzione co-

---

(1) *V.* nel tomo precedente, n.° 11 e 12, quanto dicemmo sull' intervenzione del legatario nel testamento per accettare il legato.

me applicabile vigente il Codice. Ma quel giureconsulto non fa su tal punto alcuna distinzione; mentrechè è d' uopo necessariamente di farne una pel caso in cui l' ascendente non avesse proceduto che per attribuzioni speciali, senza istituzione universale o collettiva, o legato fatto da principio congiuntamente: in questo caso, la parte del premorto non si accresce a quelle degli altri; essa è caduca, e come tale rimane nella successione *ab intestato*; salvo ai fratelli e sorelle di raccoglierla, come gli altri beni lasciati liberi, qualificandosi eredi. Imperocchè il dritto di accrescere non ha luogo quando le porzioni sieno state assegnate nella disposizione medesima (art. 1044 c. c. = *999 ll. cc.*), quando l' assegnazione non cada semplicemente sulla divisione, ma sibbene sulla sostanza della disposizione;

9.° Infine, anche un padre ed una madre non potrebbero fare la divisione de' loro beni con un solo e medesimo testamento, quantunque con atto pubblico, de' beni ancora che avessero in comune (art. 968 c. c. = *893 ll. cc.*); mentrechè lo potrebbero con atto tra vivi, de' beni pure che possedessero separatamente.

623. La divisione per atto tra vivi dovendo esser fatta colle formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi (art. 1076 c. c. = *1032 ll. cc.*), bisogna da ciò desumere le seguenti conseguenze:

1.° Queste divisioni non possono avere per og-

getto che i beni presenti (*ibid.*), perchè contengono oggidì vere donazioni tra vivi, come lo dimostreremo successivamente, e non puossi donare ciocchè non si ha. Quindi l'ascendente deve indicar chiaramente le cose che assegna a ciascuno de' condividenti. Del resto la divisione non sarebbe nulla pel solo motivo che comprendesse beni futuri: soltanto la clausola relativa a questi beni sarebbe senza effetto; art. 943 c. c. = *867 ll. cc.*

2.° Le parti debbono avere rispettivamente la capacità di donare e di ricevere nel giorno in cui si forma il contratto.

3.° L'atto dev'essere rogato innanzi notai, con minuta, e debbono osservarsi tutte le condizioni e formalità prescritte dalla legge del 25 ventoso anno XI, per la validità degli atti rogati da notai; art. 931 c. c. = *855 ll. cc.*

4.° I figli o discendenti debbono espressamente accettare la divisione, o deve accettarsi da essi nel medesimo modo e colle medesime forme come si trattasse di una donazione tra vivi ordinaria. Se sien minori, o se fra essi vi sieno minori, la madre o un altro ascendente può accettare per essi la divisione fatta dal padre (art. 935 c. c.=*859 ll. cc.*), e *vice versa*, il padre o un altro ascendente può accettare per essi la divisione fatta dalla madre. Ma chi fa la divisione non può accettare: *nemo in negotio suo auctor esse potest.* Tuttavolta in una divisione che fosse fatta in comune dal padre e dalla madre con un medesimo atto, veruna cosa

impedirebbe che la madre accettasse validamente pei figli minori per ciocchè concernesse la divisione del padre, ed il padre per ciocchè concernesse la divisione della madre. Ciò può aver luogo eziandio nella divisione de' loro beni comuni. Ma per prevenir dubbii, val meglio in tal caso di far accettare da un altro ascendente.

624. 5.° Se la divisione comprende effetti mobili, deve farsene uno stato estimativo annesso all'atto, altrimenti questi oggetti non vi si reputerebbero compresi (art. 1076 e 948 c. c.= *1032 e 872 ll. cc.* insiem combinati), e la divisione potrebbe essere rescissa se l'esclusione di questi effetti desse luogo ad una lesione oltre il quarto in danno di uno o più condividenti. Devesi tuttavolta, a creder nostro, eccettuare il caso in cui la divisione fosse fatta a titolo universale; in questo caso, lo stato estimativo non sarebbe ugualmente necessario, secondo ciocchè dicemmo nel tomo precedente, n.° 412 (1).

625. 6.° Deve osservarsi la formalità della trascrizione per gl'immobili, sotto pena, per quello o quei condividenti che la trascurassero, dell'applicazione dell'art. 941 c. c. = *865 ll. cc.* Ed essi non sarebbero ammessi a dimandare la nullità della divisione, o la sua rescissione per causa di lesione, nel caso in cui la mancanza di trascrizione

(1) *V.* nondimeno i numeri che precedono quello citato, ove riferiamo una decisione contraria a siffatta risoluzione.

avesse per risultamento il privargli di tutti o parte degli effetti assegnati loro dall'ascendente, salvo il loro regresso come per dritto e contra chi di dritto; imperocchè gli altri non debbono soffrire della loro negligenza. Converrebbe anche risolverlo così riguardo ai minori, che sono ugualmente soggetti alle conseguenze della mancanza di trascrizione (art. 942 c c.=*866 ll. cc.*), salvo puranche a questi minori il loro regresso contra quelli ch' erano incaricati di far eseguire la trascrizione.

626. 7.° Avvi spogliamento da parte dell'ascendente a favore de' figli o discendenti, anche quando questo ascendente si avesse riservato l' usufrutto o il godimento di tutti o parte de' beni divisi, come ha luogo comunemente quando l'ascendente non istipuli una rendita vitalizia o una pensione, e divida tutti o la maggior parte de' suoi beni. In conseguenza i condividenti possono disporre de' beni, venderli, donarli, ipotecarli: i loro creditori possono farli pegnorare come gli altri loro beni; in somma avvi acquisto di proprietà.

Vi è spogliamento, diciam noi, perchè la divisione fatta in tal modo va soggetta non solo alle formalità, ma ancora *alle condizioni e regole* prescritte per le donazioni tra vivi: or una delle regole delle donazioni tra vivi, è di spogliare il donante e d' impossessare il donatario della cosa donata; art. 894 c. c. =*814 ll. cc.*

Queste divisioni perciò sono irrevocabili, a differenza di quelle dell'antica giurisprudenza, che

erano irrevocabili sol quando venivan fatte per contratto di matrimonio (1). Nella compilazione comunicata al Tribunato, l'art. 1076 c. c. = *1032 ll. cc.* diceva con una terza disposizione: « L'uso del« le dimissioni rivocabili è abolito ». Il Tribunato propose di dire: « Le dimissioni rivocabili so« no proibite ». Ma si soppressero ambedue le compilazioni, attesochè la disposizione legislativa del Codice doveva essere indipendente da un antico uso su questa materia, e per conseguenza era inutile di rammentarla.

E poichè ciascun condividente è stato impossessato della sua porzione, ne segue che la morte di uno de' condividenti, anche senza lasciar figli, non dà luogo al diritto di accrescere come nel caso della divisione fatta per testamento con istituzione collettiva o universale, divisa poi circa agli effetti; in modo che la parte di quello che sia morto prima dell'ascendente passa a' suoi eredi, chiunque essi sieno; ed i suoi creditori possono anche farla vendere durante la sua vita, e durante la vita dell'ascendente, rispettando tuttavia il suo godimento, qualora se lo abbia riservato.

627. 7.° Ma se non se lo abbia riservato, o con una clausola espressa, o secondo il complesso o il tenore dell'atto, i figli o discendenti han dritto di godere immediatamente de' beni; imperocchè sareb-

---

(1) Come può vedersi in Lebrun, *delle successioni*, libro IV, cap. I.°, n.° 12 e 13; ed in Auroux - des - Pommiers, sull'art. 216 della consuetudine del Borbonese, n.° 27.

le indubitatamente così nel caso di una donazione ordinaria (art. 949 c. c. = *873 ll. cc.*), e l'art. 1076 c. c. = *1032 ll. cc.* dice che le divisioni fatte con atto tra vivi debbono farsi colle *condizioni e regole* prescritte per le donazioni tra vivi. Avendo perciò il Codice apportato con questo articolo notabili cangiamenti all'antica giurisprudenza, in cui le divisioni non avevano generalmente effetto che a morte dell'ascendente, tal che, fatte fuori contratto di matrimonio, erano rivocabili sebbene avessero avuto luogo con atto tra vivi, convien molto badare a questi cangiamenti, e guardarsi dalle opinioni degli autori i quali scrissero secondo gli antichi principii.

Presentemente queste divisioni fatte con atto tra vivi sono effettivamente attributive di proprietà, e producono donazione, immediato trasferimento de' beni divisi: sono tanti veri atti di disposizione; mentrechè anticamente, essendo rivocabili (tranne se fossero state fatte per contratto di matrimonio), è chiaro che non producevano spogliamento.

Veramente il nostro art. 1076 non dice che produrranno assolutamente gli *stessi effetti* delle donazioni tra vivi, ma l'avrebbe detto a torto, poichè una donazione tra vivi non sarebbe nulla perchè non vi fossero stati compresi tutti i figli del donante esistenti a morte sua; mentrechè *una* divisione fatta da ascendente lo sarebbe per tal cagione. Di più, una donazione ordinaria anche fatta a vantaggio di

tutti i figli con ineguaglianza, non potrebbe rescindersi per causa di lesione oltre il quarto, come lo sarebbe una divisione. Ma eccettuate queste differenze e talune altre ancora che indicheremo nel corso della discussione, specialmente per ciocchè riguarda la garantia che fosse dovuta tra i condividenti ove uno d' essi fosse evinto di tutte o parte delle cose cadute nella sua porzione, queste divisioni sono soggette alle regole delle donazioni tra vivi; l'articolo di sopra citato lo dice positivamente; per conseguenza producono effetti simili a quelli di tali donazioni, salvo quelli dalla legge eccettuati. Ecco perchè non permette di comprendevi i beni futuri. Se l' ascendente dunque non si abbia riservato l'usufrutto, i figli hanno il dritto di godere immediatamente de' beni. Soltanto se egli avesse diviso tutto o quasi tutto il patrimonio, si potrebbe per interpetrazione della sua volontà, nonchè di quella de' figli medesimi, vedere in tal circostanza una riserva tacita del godimento de' beni, fondata sulla presunzione naturale che egli non intese rimettersi a discrezione de' suoi figli pe' proprii bisogni, a rischio di essere obbligato di ricorrere ad una dimanda per alimenti: il complesso dell' atto potrebbe ancora sostenere siffatta interpetrazione. Ma per massima l' ascendente che non si riserva il godimento de' beni divisi, li trasmette ai figli puramente e semplicemente. I notai perciò opreranno prudentemente avvertendo i padri di fa-

miglia, in simil caso, delle conseguenze delle loro divisioni fatte con atto tra vivi.

628. 8.° Una divisione per atto tra vivi nella quale l'ascendente si riservasse la facoltà di disporre de' beni divisi, quantunque fosse a titolo oneroso, non avrebbe più il carattere che doveva avere; rientrerebbe nelle antiche dimissioni rivocabili e donazioni a causa di morte, escluse dal Codice, e sarebbe nulla, combinando l'art. 1076 c. c. = *1032 ll. cc.* coll'art. 944 c. c. = *868 ll. cc.*

Se l'ascendente si avesse soltanto riservata la facoltà di disporre di una o più cose, queste non si considererebbero comprese nella divisione; in guisa che quando anche l'ascendente non ne avesse disposto, esse farebbero parte della sua successione *ab intestato*; art. 946 e 1076 c. c. = *870 e 1032 ll. cc.*, insiem combinati. Ma la divisione non sarebbe perciò nulla, se tutti i figli si trovassero di avervi ancora una parte qualunque; andrebbe soltanto soggetta a rescissione per lesione di oltre il quarto, se vi fosse lesione.

629. 9.° La condizione imposta ai condividenti di pagare debiti e pesi diversi da quelli ch'esistessero nel momento dell'atto, o che fossero espressi sia nell'atto, sia in uno stato annessovi, renderebbe la divisione nulla e di nessun effetto (art. 1076 e 945 c. c. = *869 e 1032 ll. cc.* insiem combinati), perchè allora non avrebbe più per risultamento di conferire ai condividenti dritti certi, come deve averlo presentemente allorchè sia fatto con atto tra vivi.

Non possono dunque in generale (1) essere gravati de' debiti posteriori alla divisione, perchè non possono con un atto tra vivi assumere la qualità di eredi di un uomo vivente; soltanto se tutti i beni esistenti a morte non sieno stati divisi, ed essi vogliano raccoglierli, siccome sono per ciò obbligati di qualificarsi eredi (art. 1077 c. c.=*1033 ll. cc.*), saranno allora tenuti anche de' debiti posteriori alla divisione, ed eziandio *ultra vires*, se pur non accettino la eredità col beneficio dell'inventario.

Mentrechè quando la divisione ha luogo per atto testamentario, siccome non ha effetto che a morte del testatore, i condividenti sono per necessità obbligati a pagare tutti i debiti esistenti a quell'epoca, salvo l'effetto del beneficio dell'inventario.

630. 10° In quanto ai debiti esistenti all'epoca della divisione fatta con atto tra vivi, il Codice non dice se i condividenti ne sien tenuti per effetto medesimo della natura dell'atto. Esso tace su tal punto del pari che sulla contribuzione ai debiti del donante nel caso di una donazione tra vivi di beni presenti fatta a titolo universale, fuori contratto di matrimonio, e di cui parlammo nel tomo precedente (2).

Se l'atto di divisione contenga disposizioni riguardanti i debiti, dovranno eseguirsi: ma se nulla di-

---

(1) *V.* circa alle modificazioni che può soffrire la regola riguardo ai *pesi*, quanto dicemmo su tale oggetto trattando delle donazioni tra vivi ordinarie, nel tomo precedente, n.° 485.

(2) N.i 472, 473, 482 e 483.

ca a tal riguardo, allora è necessario di distinguere in qual modo sia conceputa.

Se l'autore della divisione procedè unicamente per attribuzione di cose speciali a ciascuno de' condividenti, è vero il dire che egli non fece se non donazioni particolari a ciascuno di essi, e per tal ragione non sono essi tenuti a' di lui debiti, almeno per regola; giacchè il titolo particolare, di sua natura, non pone i debiti a peso del donatario o legatario; ed in realtà i condividenti sono donatarii. Gli effetti generali ed ordinarii delle donazioni sono inerenti al loro titolo, salvo le modificazioni risultanti dacchè l'atto si considera ancora come atto di divisione; ma siffatte modificazioni non furono estese all'obbligazione pei condividenti di pagare i debiti dell' autore della divisione; veruna disposizione della legge lo dice. Anticamente senza dubbio ciò sarebbe stato diverso, per la facoltà che avea l' ascendente di rivocare la sua divisione quando non erasi fatta con contratto di matrimonio, e nel caso in cui in tal modo fosse stata fatta, e per quote, i condividenti erano tenuti ai debiti come donatarii di quote. Ma oggidì le divisioni per atto tra vivi sono irrevocabili, e quando sien fatte con semplici attribuzioni di cose speciali a ciascuno dei condividenti, siccome non contengono effettivamente che disposizioni a titolo particolare, i condividenti non sono tenuti ai debiti esistenti nel giorno della divisione, almeno per regola e per solo effetto dell' atto.

Ma se l' atto di divisione contenga da principio una clausola di donazione universale o a titolo universale, per esempio di metà de' beni, o donazione degl' immobili o de' mobili, la indicazione fatta di poi degli effetti per assegnarli specialmente a ciascuno de' condividenti e formarne la sua parte, non toglie alla donazione la caratteristica di donazione universale o a titolo universale; imperocchè questa designazione delle cose era precisamente indispensabile per pervenire allo scopo che si proponeva l' autore dell' atto; cioè quello di fare una divisione. Per conseguenza in tal caso i condividenti son tenuti ai debiti esistenti nel giorno della divisione e che hanno acquistato una data certa a quell' epoca, nella proporzione de' beni da essi ricevuti comparativamente a quelli che l' ascendente non divise, salvo a diminuire il valore dell' usufrutto, se l' ascendente se lo abbia riservato.

Tanto giudicò la corte di Bordò con decisione del 23 marzo 1827, di cui citammo le principali disposizioni nel tomo precedente (1), in ispecie che i creditori dell' ascendente i cui titoli erano anteriori alla divisione, avendo azione contra l' ascendente donante, l' avevano per la stessa ragione contra i donatarii, tenuti, nel caso di cui si tratta, a' debiti del loro autore pel fatto medesimo della donazione universale; e che avevano azione contra

(1) N.° 472.

di essi finattantochè loro rimanesse qualche emolumento della liberalità (1).

Ed anche nel caso che abbiam supposto da principio, di attribuzioni tutte speciali, la divisione non può arrecare alcun danno ai creditori; talchè se l'ascendente non si riservi bastanti beni per pagare i suoi debiti allora sussistenti, questi medesimi creditori possono procedere pel di più contra i condividenti, attesochè la donazione si trova di essere stata fatta in frode de' loro dritti: essi possono impugnarla in virtù dell' art. 1167 c. c. = *1120 ll. cc.*, e delle altre disposizioni del dritto comune.

E se in questa medesima ipotesi l'ascendente avesse distribuito tutti o quasi tutti i suoi beni, i suoi figli o discendenti dovrebbero in generale esimerlo da' suoi debiti sussistenti nel giorno della divisione, se non per effetto delle regole, e per la natura dei loro titoli, che è qui un titolo particolare, almeno per effetto di una presunta volontà delle parti; soprattutto allorchè si trattasse di debiti ipotecarii gravitanti sui beni divisi, o altri debiti conosciuti dai figli.

651. Se nella divisione non sono stati compresi tutti i beni che l'ascendente lascia in tempo della sua morte, i non compresi saranno divisi in con-

---

(1) *V.* anche su quest'ultimo punto una decisione della Corte di Riom, del 2 novembre 1809 (*Sirey*, 12, 2, 380), la quale anche giudicò che il donatario di parte de' beni presenti non poteva purgare le ipoteche da cui essi erano gravati, salvo il suo regresso contra il donante.

formità della legge sulle successioni; art. 1077 c. c. = *1033 ll. cc.*

Egli sarebbe così quando anche l'ascendente avesse donato ad un suo figlio con l'atto di divisione ed a titolo di precapienza parte della quota disponibile, prescindendo dalla sua tangente, come lo potè, se lo fece per testamento: questo figlio non avrebbe per ciò nei beni non divisi una parte proporzionata a quella che ebbe coll'atto di divisione, allegando la presunta volontà del defunto: avrebbe sempre una parte uguale a quella degli altri, ma l'avrebbe eguale.

632. Diciamo *se l'abbia fatto con testamento,* giacchè la quota disponibile non può determinarsi che in tempo della morte (art. 922 c. c. = *839 ll. cc.*), mentre è una porzione de' beni lasciati dal disponente, perlochè comprende i beni futuri non meno che i beni presenti: or non si possono donare i beni futuri che per testamento o per istituzione contrattuale, e non per donazione tra vivi. Ma se la donazione fatta al figlio sia in corpi determinati o in quantità, o di una quota de' beni presenti, non avvi più dubbio: soltanto se non sia stata fatta a titolo di precapienza, il figlio può ritenerla o pretenderla, rinunciando ai beni non divisi (art. 845 c. c. = *764 ll. cc.*), ed attenersi così a ciò che gli fu attribuito con la divisione e la disposizione, purchè non vi sia eccedenza della disponibile, mediante la riunione di questo vantaggio con quello che risultasse per lui dalla divisione; ma se voglia con-

correre alla seconda divisione, deve conferire la donazione fatta tra vivi, e non può dimandare il legato; art. 843 c. c. = 762 *ll. cc.*

633. Infine essendo la divisione fatta dall' ascendente una vera divisione per tuttociò che non è altro se non divisione e distribuzione di beni, ne segue di esser dovuta la garantia in caso di evizione di tutte o parte delle cose assegnate alla quota di un condividente; ed a tal riguardo si applicano gli art. 884, 885 e 886. c. c. = *804*, *805 e 806 ll. cc.* nelle regole e nelle modificazioni che esse stabiliscono e che noi già spiegammo nel tomo VII, n.[i] 523 e 550.

Ma per le donazioni o legati fatti ad un dato condividente, quantunque coll'atto medesimo di divisione, per massima non si deve la garantia, la quale si dovrebbe solo in ragione di qualche particolare circostanza.

SEZIONE II.

Della nullità e della rescissione della divisione.

SOMMARIO.

634. *La divisione è nulla se non sia fatta fra tutti i figli esistenti a morte dell' ascendente, ed i discendenti di quelli premorti.*

635. *I figli naturali non sono computati, salvo ad essi il dimandar la porzione che loro tocca.*

636. *Motivi pe' quali quei medesimi che sono stati compresi nella divisione possono dimandarne un' altra.*

637. *L' ascendente potè contentarsi di fare una divisione per istirpi, senza fare le suddivisioni.*

638. *I figli morti civilmente in tempo che trapassa l' ascendente non sono calcolati, e l' omissione di un indegno e di un rinunziante nè tampoco annulla la divisione.*

639. *L' omissione di un figlio capace morto prima dell' ascendente neanche è di alcuna considerazione.*

640. *Ed avverrebbe così, quando anche questo figlio non fosse esistito all' istante del testamento o dell' atto tra vivi.*

641. *Il figlio compreso nella divisione e che abbia lasciato discendenti, è da essi rappresentato.*

642. *Perchè la divisione sia nulla, bisogna che uno de' figli esistenti a morte dell' ascendente non vi abbia ricevuto alcuna parte, altrimenti potrebbe soltanto essere rescissa per lesione, se vi fosse luogo.*

643. *Qual sia l' effetto di questa nullità: avvi mai bisogno di farla pronunziare per procedere ad un' altra divisione, e per quanto tempo si potrà mai domandare quest' altra divisione?*

644. *La divisione fatta dall' ascendente può essere impugnata per lesione oltre il quarto, ed in un altro caso. Testo dell' art. 1079 c. c.*

645. *Non si deve distinguere fra le divisioni fatte con atto tra vivi e quelle fatte con testamento.*

646. *Qual sia la durata dell' azione in questi casi.*

647. *La rescissione per lesione oltre il quarto nella divisione tra vivi può dimandarsi anche in vita dell' ascendente.*

648. *Soltanto coloro i quali possono stabilire una lesione oltre il quarto nei beni divisi, hanno dritto d' impugnare la divisione per questa causa.*

649. *Diverse ipotesi e risoluzioni.*

650. *Continuazione: le donazioni a titolo di precapienza son mantenute sino alla concorrente quantità della disponibile, non ostante la rescissione della divisione.*

651. *Il figlio vantaggiato può arrestare il corso dell' azione di rescissione, offrendo un supplemento di quota.*

652. *Di che deve essere questo supplemento quando il figlio sia stato vantaggiato con donazioni fatte senza clausola di precapienza.*

653. *Caso in cui vi sieno più di due condividenti, alcuni de' quali sono lesi oltre il quarto, ed altri meno.*

654. *L' eccesso della disponibile relativo al figlio vantaggiato con donazioni e con la divisione ricade nell' eredità ab intestato ed appartiene a tutti indistintamente.*

655. *La promessa fatta da un padre maritando i suoi figli di lasciar loro la sua eredità in porzioni uguali, è valida: essa gl' impedi-*

sse in generale di disporre; ma la divisione che egli avesse fatto de' suoi beni non potrebbe per ciò rescindersi sotto pretesto della più lieve lesione: vi sarebbe luogo soltanto ad una indennità.

656. *Questa promessa non ha effetto, malgrado le sue generiche parole, se non per quei figli nel cui contratto di matrimonio si trova.*

657. *Caso in cui un atto, benchè qualificato divisione, è nondimeno un atto di disposizione.*

658. *Può il padre prevenir la comunione fra i suoi figli con la via parallela alla divisione propriamente detta, quando ciò che deve dividere non possa farsi senza che si deteriori.*

659. *Negli altri casi, deve procedere come procederebbe il magistrato, salvo pure i casi di circostanze particolari.*

660. *Il figlio che impugna la divisione anticipa le spese della stima, e le sopporta se il suo reclamo venga giudicato mal fondato.*

634. Se non è necessario che la divisione comprenda tutti i beni che lascerà l'ascendente a morte sua, o che avvenga con atto tra vivi, o anche con testamento, è almeno indispensabile che sia fatta tra tutti i figli che esisteranno a tal' epoca e i discendenti di quelli premorti; in diverso caso è interamente nulla, e può esserne dimandata un' altra nella forma legale, tanto dai figli e discendenti che non vi abbiano ricevuto alcuna parte, quanto pure da quelli tra cui è stata fatta la divisione, art. 1079 c. c. = *1035. ll. cc.*

635. I figli naturali anche volontariamente riconosciuti non essendo eredi (art. 756 c. c. = *674 ll. cc.*), potè l'ascendente passarli sotto silenzio; salvo ad essi il domandare la porzione che loro spetta. Le disposizioni del Codice a tal riguardo sono attinte dall' antico dritto, ed ogni cosa induce a cre-

dere che per *figli e discendenti* siasi inteso qui parlare de' figli e discendenti legittimi.

636. Quelli stessi, diciamo noi, che sono stati compresi nella divisione possono dimandarne l'annullamento, giacchè la legge credè di doverla rivocare e far rientrare o lasciare i beni nell' eredità *ab intestato*. Non si volle che essi fossero in tal modo costretti a rimanere indefinitamente, per dir così, nell'incertezza sulla sorte del lor possesso e de' loro dritti, lo che gli avrebbe tenuti in uno stato di comunione forzosa contra lo spirito della legge (art. 815 c. c. = *734 ll. cc.*) e l' utile generale. Tosto che annullavasi la divisione per questo motivo, era conseguente di dare a tutti gli eredi senza distinzione il dritto di dimandarne un' altra.

637. Del resto per fare una valida divisione non era l' ascendente obbligato a praticare egli stesso la suddivisione tra i figli de' suoi figli premorti: potè contentarsi di fare una divisione per istirpi, cioè di attribuire una parte a tutti i figli di un figlio, senza dividerla fra loro.

638. *Per figli esistenti in tempo della morte*, l'art. 1078 c. c.=*1034 ll. cc.* intende parlare di quelli che esisteranno naturalmente e civilmente in tal' epoca, di quelli in somma che potendo succedere, non abbiano ricevuto alcuna parte nella divisione. Quindi per identità di ragione, non devesi avere alcun riguardo agl' indegni o ai rinuncianti, i quali non vanno computati. Non eravi necessità d' attribuire una parte a chi non do-

veva o che non volle averne alcuna. Per questo riguardo e *propter hereditatem*, è come se nè l' uno nè l' altro esistessero. Qualora si dicesse che per effetto d' essere stati omessi nella divisione, hanno gli altri figli acquistato il dritto di dimandarne la nullità sin dall' apertura della successione, risponderemmo che il fatto dell' indegnità e la rinunzia suppongono precisamente il contrario, giacchè hanno effetto dal dì anche della morte dell' ascendente. In somma quelli compresi nella divisione possono dimandarne una nuova, sol qualora gli altri possano dal canto loro concorrere all' eredità ed obbligargli a riguardare come non avvenuto l' atto dell' ascendente: or ciò non può dirsi de' morti civilmente, degl' indegni o de' rinunzianti.

639. E quando pure un figlio capace fosse stato omesso anche volontariamente nella divisione per atto tra vivi o testamentario, se fosse egli premorto all'ascendente senza lasciar discendenti, la divisione non potrebbe essere non riconosciuta per ciò da quelli che vi sono stati compresi: l' art. 1078 c. c. = *1034 ll. cc.* non gli autorizzerebbe a dimandarne un' altra, poichè si troverebbe ancora esser fatta fra tutti i figli esistenti a morte dell' ascendente.

640. Bisogna dire altrettanto del caso in cui, dopo l'atto di divisione, anche tra vivi, fosse sopraggiunto un altro figlio morto prima dell' ascendente: non si potrebbe pretendere che la sua

nascita abbia rivocato l'atto, come atto contenente donazione, poichè l'ascendente aveva figli in tempo della divisione, ed in conseguenza non era questo il caso della rivocazione per sopravvegnenza di figli.

641. Infine la premorienza di uno de' figli compresi nella divisione, e che abbia lasciato figli, non autorizza i medesimi nè gli altri condividenti a pretender che la divisione sia nulla, sotto pretesto che i nipoti non vi sono stati compresi, poichè al contrario vi sono stati compresi in persona del loro padre.

Se in questo caso la divisione sia avvenuta per testamento, essi raccogliono, come lo abbiamo già detto, la parte ch'era stata assegnata al loro padre, per dritto di rappresentazione, senza essere obbligati per ciò di accettare la sua eredità anche col beneficio dell'inventario; il qual dritto può esser loro assai vantaggioso nel caso in cui essa fosse cattiva. Imperocchè si rappresenta benissimo quello stesso alla cui eredità siasi rinunziato; art. 744 c. c. = *666 ll. cc.* Ma se la divisione sia avvenuta con atto tra vivi, siccome il premorto è stato investito della sua parte, la quale si è confusa co' suoi altri beni, i suoi figli non possono conseguirla che per dritto di trasmissione, *jure hereditario*; ed in conseguenza sono obbligati a tal uopo di qualificarsi suoi eredi e di pagare i suoi debiti, salvo ad essi a prevalersi del beneficio dell'inventario per non esser tenuti *ultra vires*.

Se il figlio premorto non avesse lasciato figli o discendenti, converrebbe ancora distinguere tra il caso in cui la divisione avesse avuto luogo con testamento e quello in cui fosse avvenuta con atto tra vivi. Nella prima ipotesi si applicherebbe quanto si è detto più sopra, cioè che la parte di questo figlio si accresce a quella degli altri se il testatore abbia fatto da principio un legato o una istituzione congiuntiva, seguiti poscia da attribuzioni di cose speciali a ciascuno per formar le quote; ovvero è caduca e rimane nella successione *ab intestato* nel caso in cui non vi sieno state che attribuzioni a titolo particolare, ma nell' una e nell' altra ipotesi, nè gli eredi del condividente premorto, eccettochè i suoi figli o discendenti, nè i suoi creditori possono pretender dritti a questa porzione; mentrechè se la divisione sia avvenuta con atto tra vivi, fece parte del suo patrimonio fin dacchè fu accettata la donazione, ed ogni qualsivoglia erede al pari de' suoi creditori vi ha dritti.

642. Bisogna del resto osservare che secondo lo spirito e le parole dell' art. 1078 c. c. = *1034 ll. cc.*, perchè la divisione sia nulla, fa d' uopo che uno de' figli esistenti a morte dell' ascendente non vi abbia ricevuto alcuna parte; talmente che se ne abbia ricevuto una qualunque, anche la più piccola, non avvi luogo alla nullità, giacchè non v' è preterizione: può soltanto esservi luogo alla rescissione per lesione oltre il quarto, di cui tra poco parlere-

mo. Il figlio non è stato obbliato allorchè abbia ricevuto qualche cosa con la divisione, e la sua preterizione è quella che annulla la divisione, quando egli esista altronde nel dì della morte dell'ascendente.

643 Ma qual'è mai l'effetto di questa nullità? In altri termini, il dritto di dimandare una nuova divisione in questo caso dura forse dieci anni, ovvero il tempo ordinario, come se non esistesse la divisione fatta dall'ascendente?

L'art. 1078 c. c. = *1034 ll. cc.* prescrive che se la divisione non sia stata fatta fra tutti i figli che esisteranno in tempo della morte ed i discendenti di quelli premorti, *sarà interamente nulla*; e, secondo l'art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.*, l'azione per annullare o per rescindere un contratto dura dieci anni in tutti i casi ne' quali non sia stata ristretta a minor tempo da una legge particolare. Or egli è incontrastabile che la divisione fatta con atto tra vivi sia un contratto, e la legge non determinò la durata dell'azione per nullità nel caso di cui trattasi.

Da un'altra banda il detto art. 1078 soggiunge che potrà *dimandarsene una nuova nella forma legale*, e questo articolo pare che non lasci intendere di esservi bisogno a tal uopo di far pronunziare preliminarmente la nullità di quella fatta dall'ascendente: qualora, sulla dimanda per nuova divisione, il reo convenuto volesse invocarla e trarne partito, verrebbe rimosso per via di eccezione. In

somma la nullità sembra essere di dritto, come essendo pronunziata dalla medesima legge, e non aver bisogno dell' autorità del magistrato perchè sia riconosciuta e stabilita. Questo caso sarebbe simile a quello preveduto nell' art. 692 c. pr. = *771 ll. pr. civ.*, in cui l' atto è non solo annullabile, ma nullo di dritto e riputato non avvenuto, talmentechè neanche v' è bisogno di farne pronunciare la nullità. Laonde, secondo questa dottrina, il succitato art. 1304 non sarebbe applicabile, e potrebbe dimandarsi una nuova divisione anche dopo dieci anni dalla morte dell' ascendente e finchè non fosse compita la prescrizione per acquistare i beni: si sarebbe ancora nei termini degli art. 815 ed 816 c. c. = *734 e 735 ll. cc.*

Ciò ne sembra prima di tutto incontrastabile riguardo alla divisione fatta per testamento: l' art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.* non sarebbe applicabile a questo caso, poichè un testamento non è un *contratto*, ma l' opera di una sola persona.

Secondariamente, la stessa divisione per atto tra vivi non esiste in realtà per riguardo a quel figlio che non vi sia stato compreso: a suo riguardo non è ciò un contratto, ma un nullà; ed in conseguenza questo figlio omesso non può aver soltanto dieci anni per distruggerla dimandandone un' altra; ma deve aver tutto il tempo che per dritto comune è concesso ad un erede per dimandare la sua porzione di beni ereditarii. Che se mai si opponga essere la divisione un contratto tra

l'ascendente e gli altri figli, e quello il quale è stato omesso voler nondimeno procedere come erede dell'ascendente, e quindi ciò che era un contratto per riguardo all'ascendente esserlo puranche riguardo a lui, lo che renderebbe in tal modo applicabile l'art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.*, si risponderebbe che bisogna distinguere due specie di dritti o di azioni negli eredi: quelle che essi non possono esercitare se non quando sieno state loro trasmesse dal proprio autore, e quelle che ripetono direttamente dalla legge in virtù della propria qualità di eredi, ma che il defunto ad essi non trasmise, per la semplicissima ragione che neppur egli le avea. E quella di cui trattasi va fra questo numero: avvien lo stesso di quella per riduzione delle donazioni tra vivi eccessive a fin di comporre la riserva, e di talune altre pure.

Adunque non può esservi dubbio sulla durata del dritto di dimandare una nuova divisione nel caso di cui trattasi, se non per ciò che riguarda coloro che sono stati compresi in quella fatta dall'ascendente, ed allorchè tale divisione sia avvenuta con atto tra vivi; imperocchè a loro riguardo non può negarsi di esser questo un contratto, poichè essi vi furono parti. Nondimeno crediamo essere stata idea degli autori del Codice di riguardar questa divisione come assolutamente nulla e non avvenuta per riguardo a tutti i figli indistintamente: è dessa una nullità assoluta, una nullità di dritto, la quale fa riputare inefficace

l'atto: la stessa legge ne pronunzia l'annullamento, come nel caso di una donazione rivocata per sopravvegnenza di figli, e rimette così le cose nel medesimo e simile stato come se l'atto non fosse avvenuto. Si volle stabilire una perfetta uguaglianza di posizione e di dritti a tale riguardo fra tutti i figli, poichè, come lo abbiam già detto, sembrò troppo duro di lasciar quelli che fossero stati compresi nella divisione in balia degli altri, senza potere da parte loro uscir d'incertezza sugli effetti del proprio possesso e de' proprii dritti.

644. La divisione fatta dagli ascendenti può essere impugnata per causa di lesione oltre il quarto: come pure nel caso che dalla divisione e dalle disposizioni fatte per anteparte risultasse che uno di coloro tra' quali è stata fatta la divisione, abbia un vantaggio maggiore di quello che la legge permette; art. 1079 c. c. = *1035 ll. cc.*

E vie maggiormente avverrebbe lo stesso, se le donazioni fossero fatte senza clausola di anteparte.

645. La legge non distingue fra la divisione per atto tra vivi e la divisione per testamento, abbenchè la prima abbia dovuto essere accettata per produrre l'effetto suo. Il figlio leso accettò o per errore, o *ne pejus pater faceret.* Altronde il consenso dato alle divisioni ordinarie non impedice sla rescissione per lesione oltre il quarto, giacchè allora il consenso è infetto da errore. Vieppiù dev'essere così in una divisione la quale altro non è in sostanza che l'espressione della volontà

del padre di famiglia e di una volontà che la legge presume naturalmente essere effetto dell'errore, di una falsa estimazione del rispettivo valore delle cose da lui assegnate a ciascun condividente, allorchè vi si rinvenga una lesione considerevole, come quella del terzo al quarto.

646. E siccome trattasi in questo caso di una rescissione e non di una nullità di dritto, a differenza del caso precedente, il termine per impugnar la divisione durerebbe anni dieci soltanto, come quando abbia avuto luogo con atto stipulato dagli eredi, o giudiziariamente (1). Questi dieci anni comincerebbero a decorrere dal giorno in cui fu accettata la divisione fatta con atto tra vivi e dal giorno in cui si scovrì il testamento dopo la morte del testatore, se fosse fatta con atto testamentario. E se fra coloro fra cui si è fatta la divisione vi fossero minori o interdetti, il termine comincerebbe a decorrere contro di essi dal giorno della loro età maggiore o dacchè fu tolta l'interdizione (art. 1304 c. c.=1255 *ll. cc.*), e per argomento di questo articolo, quando anche la divisione fosse avvenuta per testamento.

647. Quindi la divisione fatta con atto tra vivi può essere impugnata anche in vita dell'ascendente quando si tratti di lesione oltre il quarto, attesochè i condividenti sono stati investiti della proprietà de' beni divisi, poichè queste divisioni fat-

(1). *V.* tomo VII, n.i 581 e 590.

te in tal forma racchiudono oggidì tante vere donazioni fra vivi, secondo ciocchè abbiamo già detto. L'ascendente volle o si presume di aver voluto attribuire a tutti dritti uguali nei beni divisi: or questi dritti cesserebbero di essere uguali se un figlio durante la vita del padre fosse obbligato di contentarsi del godimento di una porzione la quale valga assai meno di quelle degli altri.

648. Solo colui nondimeno che possa stabilire una lesione oltre il quarto in suo danno ha dritto di dimandare la rescissione della divisione per questa causa, quando anche gli altri fossero lesi oltre il quarto; e questa lesione s'intende di una lesione sofferta riguardo ai beni divisi, e non circa alla massa de' beni in generale. Cosicchè se per effetto di donazioni tra vivi anteriori o posteriori, o di legati, a vantaggio di un estraneo, o anche a vantaggio di altri figli, quello il quale si duole della divisione non avesse i tre quarti di ciocchè avrebbe potuto avere in una divisione perfettamente uguale dell' eredità non diminuita da queste donazioni o legati, quando altronde abbia le tre quarte parti franche di una porzione de' beni divisi, supponendoli distribuiti con perfetta uguaglianza, questo figlio, diciam noi, non potrebbe impugnare la divisione per causa di lesione: lo potrebbe in tale ipotesi solo qualora le donazioni fossero state fatte ad uno o più degli altri condividenti, e la riunione di siffatti vantaggi a quelli che risultassero eziandio per essi dalla divisione

fatta con ineguaglianza desse a questi condividenti oltre ciò di cui la legge permetteva all'ascendente di disporre in lor favore. Tal'è lo spirito ed anche la espressione letterale dell' art. 1079 c. c. = *1035 ll. cc.*

649. Così, supponendo che un padre avente due figli e beni del valore di 24,000 franchi, dedotti tutti i debiti, abbia donato tra vivi o col suo testamento ad un estraneo sino alla concorrenza di 8,000 fr., i quali formano la sua disponibile (art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*), e che distribuendo gli altri 16,000 fr. di beni, abbia assegnato ad un suo figlio una cosa del valore di 6,000 franchi, per esempio, ed all' altro il resto, non avvi luogo alla rescissione della divisione, attesochè anche il figlio meno ben trattato non può dolersi di una lesione oltre il quarto in questa divisione, e suo fratello, lungi dall' avere un vantaggio maggiore di quel che la legge gli permette, neppure ha la sua parte franca nell' eredità.

Ed in fatti, perchè mai si rescinderebbe la divisione? Il padre di famiglia non ebbe forse il dritto di farlo, benchè avesse donato l' equivalente della sua disponibile, anche la sua disponibile in debita forma, ad un estraneo? Certamente, giacchè niuna legge ne lo privava per questa causa.

E se ebbe il dritto di farlo, se la domestica magistratura che esercitò a tal riguardo ebbe per oggetto di rendere superflua quella del magistrato legale o un atto stipulato tra i suoi eredi, dovè puran-

che poter fare validamente un atto il quale fosse inimpugnabile per tale riguardo se la divisione avesse avuto luogo giudiziariamente o all'amichevole tra i suoi successori: la lesione di cui trattasi, ed anche una maggiore, avrebbe potuto similmente rinvenirsi in un' altra divisione: essa potrebbe altronde rinvenirsi pure in una nuova, poichè la più scrupolosa attenzione non sempre garentisce dalle false valutazioni; infine l' altro condividente non devè in doppio modo soffrire dall'avere il suo ascendente fatto disposizioni a vantaggio di un terzo, e veder così rescindere una divisione la quale sarebbe buonissima, ripetiamolo, se l'avesse fatta all'amichevole o in giudizio con suo fratello. In somma non avvi lesione nella divisione allorchè niun condividente possa stabilirne una oltre il quarto in suo danno nei beni divisi, se le donazioni o i legati fatti lo sieno stati, come nella specie, a pro di un estraneo, o anche a pro di un condividente, purchè in quest' ultimo caso tali donazioni riunite ai vantaggi che risultassero effettivamente dalla divisione in favore di questo condividente non gli diano al di là di ciò di cui la legge permetteva al defunto di disporre in suo benefizio.

E si comprende facilmente il motivo di questa restrizione: non si dovè permettere all' ascendente di adoperar l' una e l' altra via per vantaggiare oltre misura un suo figlio in detrimento degli altri; perchè potesse così donare nel tempo stesso

la sua disponibile, ed in una divisione fatta appositatamente una porzione delle quote che dovevano spettare agli altri: per esempio, non si volle nella surriferita specie, che potesse donargli gli ottomila franchi formanti la sua disponibile, più attribuirgli nella divisione degli altri 16,000 fr., valori per nove o dieci mila franchi; il che avrebbe ecceduto questa disponibile. Si dovè temere la soverchia facilità che vi sarebbe stata di vantaggiar così eccessivamente uno de' figli; ma questa frode non era a temersi allorchè, anche riunendo le donazioni fattegli ai vantaggi che possa realmente offrirgli la divisione, non sia il figlio stesso vantaggiato oltre ciò che la legge permetteva al padre di donargli: siamo allora nei termini del dritto comune, e bisogna rimanervi.

650. Laonde converrebbe dire nella specie che se degli otto mila franchi di cui il padre dispose, ne avesse egli donato anche la parte maggiore al figlio vantaggiato con la divisione, *puta* cinque mila franchi, suo fratello nettampoco potrebbe dolersi; giacchè da questi cinque mila franchi riuniti al vantaggio provveniente dalla divisione non risulterebbe un valore più considerevole di quello che il padre di famiglia poteva attribuire ai figli senza violar la legge, poichè quest' ultimo non avrebbe anche, oltre una parte uguale, gli ottomila franchi di cui il padre poteva a suo vantaggio disporre.

Ed è indifferente in tal caso che la donazione

fatta al figlio lo sia stato senza clausola di anteparte ovvero con anteparte; giacchè siccome il medesimo non presentasi ad un' altra divisione, poichè è serbata quella dell' ascendente, non ha bisogno di una clausola di fuori parte per ritenere la donazione o dimandare il legato fattogli: non è più applicabile l' art. 843 c. c.=762 *ll. cc.*

Ma qualora si supponga che gli ottomila franchi donati lo sieno stati al figlio, e che con la divisione il padre abbia a lui assegnato cose di un valore di nove mila franchi, ed al fratello il di più de' rimanenti 16,000, allora vi è luogo a rescissione, attesochè il figlio ha 17,000 fr. di valore, mentrechè non ne poteva avere al più che 16,000. Nulladimeno niuna di queste disposizioni presa isolatamente poteva essere censurata, poichè la donazione non eccedeva la quota disponibile, e la divisione non conteneva una lesione oltre il quarto in danno del fratello.

Se in questa specie la donazione o il legato fatto al figlio abbia avuto luogo per anteparte, costui lo conserverà sino alla concorrente quantità della disponibile, ed in conseguenza per intero in questo caso, quando anche la divisione fosse rescissa, e la donazione si contenesse nel medesimo atto di divisione; imperocchè vi sarebbero due cose, una delle quali potrebbe benissimo sussistere senza dell' altra.

651. Ma il figlio vantaggiato non può forse arrestare il corso dell' azione per rescissione della di-

visione, offrendo un supplemento di quota, come ne' casi ordinarii? L' art. 891 c. c. = *811 ll. cc.* è mai applicabile alle divisioni fatte dagli ascendenti? Ciò non è per noi dubbioso, mentre la divisione non è nulla, come nel caso di preterizione di un figlio, o di un vizio di forma, o per mancanza di capacità nell' autore dell' atto, ma puossi soltanto rescindere per causa di lesione; ed in conseguenza tostochè il reo convenuto offre di purgarlo con rilasciare un supplemento di quota, o in natura o in contante (1), non avvi più luogo a dolersi (2). La divisione fatta dal padre di famiglia è degna di favore al pari di ogni altra divisione, e probabilmente per tai motivi si giudicò superfluo di collocare in questo capitolo del Codice una disposizione simile a quella dell' art. 891 suddetto: si stimò senza dubbio che sarebbe questa una inutile ripetizione. Adunque il figlio vantaggiato rilasciando mille franchi a suo fratello, evitar potrebbe la rescissione della divisione.

---

(1) Intorno all'offerta di questo supplemento di quota ed in che possa aver luogo, *V.* ciocchè si disse nel tomo VII, n.° 583.

(2) È questo pure il parere di Grenier, e *V.* in tal senso una decisione della Corte di Riom, del 25 aprile 1818 (*Sirey*, 20, 2, 278) la quale nella specie di un padre che col testamento aveva legata la disponibile a titolo di precapienza a suo figlio, e con un atto posteriore confermante il testamento aveva fatto una divisione ineguale de' suoi beni tra questo figlio e le due sorelle di lui, giudicò, che questa divisione non era nulla; che il figlio vantaggiato benanche con tale divisione doveva soltanto somministrare a ciascuna sua sorella in denaro o in natura la quarta parte de' beni ereditarii, restandogli riservata la disponibile.

Ma se nella specie la donazione fatta al figlio fosse soltanto di mille franchi, e la quota di questo figlio di un valore di 16,000 fr., allora la divisione sarebbe rescissa, senza l' offerta di un supplemento di quota al fratello, della somma di 4,500 franchi, affinchè avesse 11,500 fr., o metà de' 23,000 franchi di cui componevasi il valor de' beni che costituirono la divisione: imperocchè l' offerta di un supplemento per giungere soltanto al punto in cui la divisione non si avrebbe potuto rescindere per causa di lesione oltre il quarto, sarebbe insufficiente: bisognerebbe che il supplemento di quota fosse completo, come nelle divisioni ordinarie (1).

652. Tutti questi punti son fuori controversia, ma il caso seguente è più delicato. Supponiamo, sempre nella medesima ipotesi, che la donazione fatta al figlio sia stata degli ottomila franchi formanti la disponibile, ma che questa donazione gli sia stata fatta senza clausola di precapienza, e nella divisione gli sieno spettati valori stimati nove mila franchi, per esempio, il che in conseguenza ha lasciato sette mila franchi di valore al fratello.

Può costui indubitatamente dolersi, in virtù della seconda disposizione dell' art. 1079 c. c. = *1035 ll. cc.*, e se la divisione fosse rescissa, il figlio vantaggiato sarebbe in obbligo di sottoporsi alla legge della collazione perchè potesse prender parte in una nuova divisione.

(1) *V.* tomo VII, n.° 565.

Ma può egli mai eliminar la dimanda offrendo un supplemento di quota di mille franchi soltanto, come pocanzi lo abbiam detto sul caso in cui la donazione gli fosse stata fatta a titolo di precapienza? Ovvero deve offrire un supplemento completo, o di 5,000 fr., come se questa donazione fatta senza precapienza non esistesse ed avesse egli mediante la divisione medesima ricevuto i 17,000 fr. che gli son provvenuti per l'una e l'altra via?

La divisione fatta dall'ascendente va riguardata come se fosse stata fatta dagli stessi fratelli: or in questo caso gli otto mila franchi donati senza clausola di precapienza si sarebbero confusi nella massa. Quante volte la divisione si può rescindere, tuttociò che sarebbe diviso se essa fosse effettivamente rescissa fa parte della massa, ed il supplemento di quota offerta dal reo convenuto nella dimanda di rescissione dev'essere di ciò che manca all'attore per avere una parte uguale in questa massa così composta. Certo che in tal modo è vantaggioso all'attore l'aver avuto nella sua quota 7,000 fr. soltanto in vece di 8,000 e più; giacchè in quest'ultima ipotesi, e la donazione, benchè fatta senz'anteparte, e la divisione avrebbero ricevuto entrambe la loro esecuzione, attesochè non si sarebbe dovuta la collazione, mentre non vi sarebbe stata nuova divisione, non esistendo in tal caso la lesione. Ma questo risultamento, che sembra strano a prima giunta, è nondimeno lo stesso negli altri casi di rescissione per siffatta causa, poichè il sup-

plemento di quota dev'essere completo in ogni caso.

Se mai si opponesse che qui la sola divisione è quella la quale ha prodotto la lesione e dato base alla dimanda per rescissione, e che il reo convenuto togliendo questa lesione mediante l'offerta di 1,000 franchi, appaga nel tempo stesso e la legge e l'equità, si risponderebbe sempre che la donazione degli 8,000 fr. non essendo a titolo di precapienza, questi ottomila franchi fanno parte della massa divisibile: or se il convenuto vuole evitare la rescissione della divisione e prevenirne una nuova, no'l può che rilasciando in un modo o in altro al suo coerede ciocchè il medesimo avrebbe in questa nuova divisione; ed in una nuova, l'attore avrebbe avuto dritto a 12,000 fr. di valori (1).

653. È d'uopo osservare del resto che quando vi sieno più di due condividenti, e uno o più di essi soltanto possano stabilire una lesione oltre il quarto, il reo convenuto nella dimanda per rescissione, nel caso pure in cui gli altri non avessero la loro parte completa, non è in obbligo di loro completarla. La lesione meno del quarto che essi pretendano di soffrire, che soffrano anche in realtà, non è di alcuna considerazione, mentre si reputa di non sussistere. Ma se la divisione sia rescissa,

---

(1) Nella specie della decisione della Corte di Riom, di sopra citata, la donazione della disponibile, come lo abbiam detto, era stata fatta a titolo di anteparte, e non avvi dubbio su questo caso; ma sembra che la Corte non siasi determinata per tale riflesso, giacchè la decisione non ne fa motto. Che che ne sia, la distinzione trà i due casi dev'esser fatta.

tutto è rimesso in comune, salve le donazioni o i legati a titolo di precapienza, i quali pure non possono in caso alcuno ledere il dritto delle riserve.

654. Nondimeno allorchè la divisione si possa impugnare perchè le donazioni fatte ad un condividente, non monta se per anteparte o senz'anteparte, riunite ai vantaggi risultanti per lui dalla divisione, eccedano ciò di cui l'ascendente poteva disporre in suo favore, questo eccesso deve essere rilasciato agli altri, quando anche niuno di essi fosse leso del quarto per effetto della divisione; e se lo distribuiscono come eredità *ab intestato*.

655. Se un padre, maritando i suoi figli, abbia promesso d'istituirli in porzioni uguali, o di lasciare a ciascuno la loro intera parte ereditaria, ed abbia fatto di poi una divisione, nella quale uno o più fra essi si trovino vantaggiati, ma non in modo purtuttavolta che vi fosse luogo ad applicare le disposizioni riguardanti la rescissione della divisione fatta da ascendente, può mai dimandarsi la rescissione dagli altri, sul fondamento che non è lecito di fare indirettamente ciò che non si può far direttamente?

Prima di tutto convien riguardare questa promessa come valida: vero è che è dessa una rinuncia alla facoltà di disporre da ora innanzi della porzione disponibile, ma questa rinunzia è autorizzata in contratto di matrimonio; e gli art. 1082 e 1083 c. c. = *1038 e 1039 ll. cc.* ne sono la innegabile pruova. Segue da ciò che tutte le do-

nazioni le quali fossero state fatte, sia ad uno o più figli, sia ad estranei, tranne quelle nondimeno che lo' fossero state a questi ultimi per somme modiche, a titolo di ricompensa o altrimenti (medesimo art. 1083 per argomento), sarebbero sottoposte a rivocazione, come fatte contra le promesse inserite ne' contratti matrimoniali.

Ma i vantaggi fatti ad uno o più figli con la divisione del padre non potrebbero dar luogo a dimandarne la rescissione, se non quando risultasse da essi per uno o più figli una lesione oltre il quarto. Il padre, con la sua promessa d' istituire i suoi figli in porzioni uguali, o di lasciar loro parti uguali nella sua eredità, non si avea interdetto il dritto di farne, ma soltanto si avea interdetto di dividere i suoi beni con disuguaglianza. Gli attori per rescissione dovrebbero dunque esser dichiarati inammessibili finchè non allegassero e non provassero una lesione oltre il quarto in loro danno: vi sarebbe luogo soltanto a rettificazione ed indennità se la lesione fosse minore; ma queste rettificazioni dovrebbero esser fatte se vi fosse una lesione di qualche importanza, giacchè il padre non poteva più dividere che con perfetta uguaglianza (1). Nel caso contrario ogni cosa sarebbe mantenuta: *de minimis non curat prætor.*

656. Questa promessa d' istituire indistintamente eredi i figli in porzioni uguali, o di lasciar loro par-

(1) *V.* la decisione della Corte di Riom, e poscia l'arresto di rigetto del 26 luglio 1828; *Sirey*, 28, 1, 281.

ti uguali nella eredità, di cui del resto torneremo a parlare nel capitolo seguente, è obbligatoria pel padre sol riguardo ai figli nei cui contratti matrimoniali si trovi: soltanto in lor favore autorizza la legge l'istituzione di erede, ed una tale promessa è una vera istituzione di erede, poichè deve aver per effetto di assicurare al futuro sposo una porzione dell'eredità del padre.

657. Se un padre a cui, per esempio, sia dovuta la somma di 30,000 fr., e che abbia tre figli, dichiari con un atto tra vivi o per testamento, non importa, di volerne fare la distribuzione fra essi; se divida in effetti questi 30, 000 fr. soltanto, ed uno di essi abbia meno di 7,500 franchi, non sarà questa una ragione pel medesimo di dimandar la riscissione dell'atto qualificato divisione, giacchè non lo è: sono tante vere disposizioni, non ostante le espressioni dell'atto: *sermoni res non est subjecta, sed rei est sermo subjectus.* Non potè esservi errore nell'idea del padre, poichè non doveasi fare alcuna valutazione come nei casi ordinarii. Queste disposizioni, nel caso in cui i figli accettassero l'eredità, sarebbero dunque sottoposte ai canoni sulla collazione, se il padre non ne avesse regolarmente dispensato o l'uno o l'altro tra essi, o tutti.

658. Se il padre ha il dritto di fare la divisione de' proprii beni fra i suoi figli, ha per questo stesso motivo quello di prevenire la comunione, trascegliendo la via parallela alla divisione indica-

ta dalla legge allorchè non si possa operare una divisione propriamente detta; imperocchè il giudice, e gli eredi stessi probabilmente avrebbero seguita questa via nel medesimo caso. In conseguenza se il padre non abbia, per esempio, che un immobile il quale non possa comodamente e senza perdita dividersi, come un molino, una fabbrica, una bottega, può attribuirlo ad uno di essi, ponendo a suo carico un compenso verso i suoi fratelli e sorelle. E non solamente lo può in una divisione tra vivi, la cui accettazione da parte di questi ultimi li renderebbe altronde inammessibili al impugnar l'atto per tale riguardo, ma eziandio lo può con testamento.

659. Ma da un'altra banda adempiendo l'ascendente in questa divisione l'uffizio di magistrato, oprar deve, secondo lo spirito della legge, come oprerebbe il magistrato medesimo. Stante ciò, non deve attribuire ad uno o più suoi figli soltanto tutti i suoi stabili quando possa assegnarne a ciascuno, e non dare agli altri se non mobili, in danaro, in rendite, o altre cose, e vie meno incaricare senza necessità i primi di pagare in danaro la parte degli altri ne' beni fondi; ma deve al contrario uniformarsi al voto dell' art. 832 c. c. = *751 ll cc.* (1), il quale è vero che prescrive da una parte di evitare per quanto sia possibile nella composizione delle quote, lo smembramento

(1) Arresto di cassazione del 16 agosto 1826, che riforma una decisione della Corte di Grenoble; *Sirey*, 1827, 1, 83.

de' fondi, ma dice da un' altra parte che convien far entrare in ciascuna quota, se si possa, la stessa quantità di mobili, d' immobili, di dritti o di crediti della stessa specie e dello stesso valore. Nel caso dunque in cui il padre avesse abusato del suo dritto, e per puro capriccio, senza essere stato determinato ad agire come fece dall' interesse evidente di un dato suo figlio, il che del resto si stimerebbe secondo le circostanze, la sua divisione potrebbe essere impugnata per abuso, ed anche per lesione, giacchè può essa rinvenirsi di fatto in una tale divisione, benchè non esistesse del terzo al quarto nei valori venali delle cose rispettivamente. I figli tutti hanno dritti negl' immobili, e vengono lesi quando se ne privi totalmente o quasi totalmente la maggior parte fra essi senza necessità o ragionevoli motivi.

660. Il figlio che impugna la divisione fatta dall' ascendente, sia per causa di lesione oltre il quarto, sia come pretendendo che uno de' condividenti col riunire le donazioni a lui fatte e i vantaggi risultanti dalla divisione, abbia ottenuto oltre ciò che la legge permetteva all' ascendente di disporre in suo favore, deve anticipar le spese della stima; e viene ad essa diffinitivamente condannato, del pari che alle spese della lite, se il richiamo non è fondato; art. 1079 e 1080 c. c. = *1035 e 1036 ll. cc.*, insiem combinati.

Sicchè il tribunale violerebbe questo articolo ed esporrebbe perciò a cassazione la sua sentenza

qualora applicasse la disposizione dell' art. 151 c. pr.=222 *ll. pr. civ.*, il quale autorizza i magistrati a compensare le spese tra coniugi, ascendenti, discendenti, fratelli e sorelle o affini nel medesimo grado; ma lo potrebbe se la divisione fosse rescissa.

CAPITOLO VIII.

Delle donazioni fatte per contratto nuziale agli sposi ed ai figli da nascere dal matrimonio.

SOMMARIO.

661. Il favore dovuto al matrimonio fece stabilire molte derogazioni alle massime che regolano le donazioni.

662. Delle diverse specie di donazioni che possono farsi in contemplazione del matrimonio agli sposi o ad uno di essi, e divisione di questo capitolo.

661. Il favore dovuto al matrimonio fece ammettere parecchie disposizioni le quali sono vietate negli altri casi, come contrarie ai canoni che regolano le donazioni, tanto per ciocchè sia stabilità de' loro effetti, quanto per altri riguardi ancora, che in appresso faremo conoscere sviluppando la materia.

Queste disposizioni sono fatte agli sposi o ad uno di essi dal padre, madre, parenti o anche estranei, o da uno sposo all' altro. Desse son trattate nel capitolo seguente.

662. Ve ne sono di quattro specie diverse più o meno tra esse nei loro effetti :

1°. Le donazioni tra vivi di beni presenti che,

sono sottoposte alle regole generali delle donazioni fatte a questo titolo;

2°. Le donazioni di tutti o parte de' beni che il donante lascerà a morte sua, e che chiamansi perciò *istituzioni contrattuali*;

3°. Le donazioni fatte cumulativamente de' beni presenti e futuri, in tutto o in parte;

E 4°. le donazioni che partecipano più specialmente della natura delle disposizioni a causa di morte che della natura delle vere donazioni, atteso le clausole e riserve da cui sono accompagnate.

Tratteremo ciascuna di queste specie di donazioni in particolare, per farne apparir più chiaramente le caratteristiche e gli effetti.

E in una quinta sezione esporremo succintamente le disposizioni comuni a queste diverse donazioni, o alla maggior parte di esse.

SEZIONE PRIMA.

Delle donazioni tra vivi di beni presenti fatte in contemplazione del matrimonio agli sposi o ad uno di essi, dal padre, madre, parenti, o estranei.

SOMMAIO.

663. *Testo dell' art. 1081 c. c.*

664. *Senso dell' ultima disposizione di questo articolo.*

665. *Nè secondo il Codice civile, nè secondo la legge del 17 maggio 1826, si può donare direttamente ai figli da nascere dal matrimonio passando sotto silenzio i futuri sposi.*

666. *La donazione tra vivi di beni presenti in contemplazione del matrimonio può aver luogo o con un atto separato, o col contratto di matrimonio: le altre donazioni in contemplazione del ma-*

trimonio non posson farsi in generale che col contratto nuziale.

667. *Inserita nel contratto nuziale, la donazione si reputa sempre fatta io contemplazione del matrimonio : conseguenze.*

668. *La donazione tra vivi di beni presenti fatta agli sposi o ad uno di essi è sottoposta alle regole generali delle donazioni fatte a questo titolo: conseguenze.*

669. *In che mai questa donazione sia esente dalle massime che regolano le donazioni in generale.*

663. Secondo l'art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.*, « ogni donazione tra vivi de' beni presenti, quan-« tunque fatta per contratto di matrimonio agli « sposi o ad uno di essi, sarà sottoposta alle re-« gole generali prescritte per le donazioni fatte a « questo titolo.

« Essa non potrà aver luogo a vantaggio de' fi-« gli da nascere, se non ne' casi espressi nel ca-« pitolo VI di questo titolo. »

664. Quest' ultima disposizione, prima della legge del 17 maggio 1826, intendevasi nel senso che i soli padri o madri, ed i fratelli o sorelle (ed allorchè costoro morivano senza figli), potevano fare la donazione, quantunque a favore de' figli nascituri, cioè col peso di conservare i beni e restituirli a questi figli (art. 1048 e 1049 c. c.=*1003 e 1004 ll. cc.*); ed il peso, per essere validamente imposto, avrebbe dovuto stabilirsi non solo a favore de' figli nascituri dal matrimonio, ma anche a favor di quelli nati da un matrimonio anteriore o posteriore, e nel primo grado soltanto; art. 1050 c. c. = *1006 ll. cc.*

Ma, come si è veduto nel capitolo precedente, la legge del 1826 derogò all' art. 1081 nel senso

che questa donazione tra vivi di beni presenti fatta in contemplazione del matrimonio, può aver luogo con peso di restituzione da chiunque sia fatta; ed il peso di restituzione può essere stabilito a favore di uno o più figli soltanto del donatario, come a favore di tutti, nati dal matrimonio in cui contemplazione fu fatta la donazione, o nati da altro matrimonio, ed anche in due gradi.

Quindi con queste parole del detto art. 1081 c. c., *a vantaggio de' figli da nascere, se non ne' casi espressi nel capitolo VI di questo titolo*, i compilatori del Codice non intesero dire con ciò che i figli potessero profittare della donazione allo stesso titolo che nel caso dell' art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*, cioè se il loro padre donatario morisse prima del donante, e per effetto di una specie di sostituzione volgare; ma soltanto vollero dire che questi figli potrebbero profittarne per effetto di una sostituzione fedecommessaria. Imperocchè il donatario de' beni presenti divien proprietario de' beni col fatto stesso della donazione accettata; e senza il peso di conservare e restituire, i suoi figli non potrebbero profittarne che in qualità di eredi, del che qui non si tratta. All' opposto nel caso dell' istituzione contrattuale, la morte del donatario avvenuta prima di quella del donante fa che egli non mai abbia avuto alcun dritto, e i beni compresi nell' istituzione appartengono ai figli del matrimonio, riputati sostituiti volgarmente al loro padre donatario, ma appartengono

soltanto ad essi, e non eziandio ai figli nati da altro letto.

665. E nè secondo il Codice civile, nè secondo la legge del 1826, questa donazione, benchè fatta per contratto di matrimonio, può aver luogo direttamente ed unicamente a favore de' figli da nascere dal matrimonio, passando sotto silenzio gli stessi futuri sposi; perciocchè non puossi efficacemente donar tra vivi, anche per sostituzione volgare, a chi non sia ancor conceputo in tempo che si opera la donazione (art. 906 e 898 c. c. = *822 e 936 ll. cc.* insiem combinati.); ed è inconcepibile una sostituzione fedecommessaria senza un primo gratificato, che abbia incarico di consegnare ad altri. Ma torneremo a discorrere questo punto.

666. La donazione di cui trattasi può aver luogo o con atto diverso dal contratto nuziale, anteriore o posteriore, ma precedente alla celebrazione del matrimonio avanti all' ufiziale dello stato civile, o con lo stesso contratto di matrimonio: l'art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.* lo presuppone chiaramente dicendo: *quantunque fatta per contratto di matrimonio*, ec., il che lascia evidentemente intendere di potersi fare con altro atto. Mentrechè le tre altre specie di donazioni trattate in questo capitolo, negli art. 1082, 1084 e 1086 c. c. = *1038 e 1040 ll. cc.*, non possono in generale aver luogo con gli effetti che vi sono annessi se non con lo stesso contratto di matrimonio.

667. Quando la donazione tra vivi di beni pre-

senti fatta agli sposi o ad uno di essi sarà contenuta nel contratto nuziale, si presumerà per questo stesso motivo fatta in contemplazione del matrimonio, ed in conseguenza non potrà essere impugnata o dichiarata nulla sotto pretesto della mancanza di accettazione (art. 1087 c. c. = *1042 ll. cc.*), nè essere rivocata per causa d'ingratitudine (art. 959 c. c. = *884 ll. cc.*), ed infine sarà caduca se il matrimonio non segua (art. 1088 c. c. = *1043 ll. cc.*), qualunque ne sia la causa.

All'opposto allorchè sarà fatta con atto separato, il quale non s'identificasse col contratto di matrimonio, questi due ultimi effetti saranno gli stessi, se altronde l'atto esprima che sia essa fatta in contemplazione del progettato matrimonio; ma se non sia stata accettata espressamente, o col contratto, o posteriormente e prima di ogni rivocazione, può essere rivocata, in virtù dell'art. 932 c. c. = *856 ll. cc.*: essa non sarebbe protetta dall'art. 1087 c. c. = *1042 ll. cc.*, il quale vieta d'impugnare e dichiarar nulle sotto pretesto di mancanza di accettazione, soltanto le donazioni fatte per contratto di matrimonio. Vi son pure talune altre differenze che man mano noteremo.

Ma la cosa vieppiù importante si è che sebbene in una donazione fuori contratto di matrimonio fosse fatta menzione del futuro matrimonio del donatario, ciò non basterebbe per far considerar la donazione come fatta in contemplazione di matrimonio; imperocchè se uno zio, per esempio, faces-

se donazione a suo nipote, dichiarando semplicemente nell' atto *esserne motivo l' agevolargli i mezzi di fare un matrimonio vantaggioso*, questa dichiarazione sarebbe solamente l'espressione del motivo o della causa della liberalità, la quale non era in alcun modo necessaria, egli è vero, per la sua validità, e sarebbe insufficiente farla riputare per necessità donazione in contemplazione di matrimonio. E quando anche il donatario ricercasse allora la tale persona, ed il donante ne avesse conoscenza, ciò neanche basterebbe; ma vi vorrebbe qualche cosa di più, come se il contratto di matrimonio si fosse stipulato ed il donante lo sapesse, ovvero se dal complesso delle disposizioni dell' atto di donazione risultasse la evidente dimostrazione di essersi fatta questa donazione in vista del tale progettato matrimonio, altrimenti la donazione conserverebbe sempre i suoi effetti, quantunque il matrimonio non seguisse, ed il donatario rimanesse celibe.

668. Poichè questa donazione è sottoposta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a simil titolo, ne segue:

1.° Che rende immediatamente proprietario il donante, e non è sottoposta alla caducità pronunziata dall' art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.*, pel caso della premorienza del donatario e della sua discendenza.

2.° Non può aver per oggetto che i beni presenti, e se comprendesse puranche beni futuri,

per esempio un quarto de' beni che il donante lascerà a morte sua, sarebbe nulla circa a questi beni (art. 943 e 1081 c. c. = *867 e 1037 ll. cc.*), ammenochè non fosse fatta con lo stesso contratto di matrimonio o con un atto il quale s' identificasse col medesimo attesa l'osservanza delle formalità prescritte dagli art. 1396 e 1397 c. c. = *1350 e 1351 ll. cc.* per argomento; art. 943, 947, 1082 (a) e 1086 c. c. = *867*, *871*,

(*a*) Il consiglier Pasqualini sull'articolo 1076 del progetto (che corrisponde all'articolo 1038 delle leggi civili)fece le seguenti osservazioni: *La seconda parte di questo articolo dovrebbe modificarsi. La donazione sempli ce fatta a contemplazione di matrimonio non giova ai figli nascituri, presumendosi fatta ai soli coniugi, dappoichè non fa menzione dei figli, ed i beneficj si devono restringere, non già ampliare a favore di persone non contemplate.*

Il dritto romano conosceva le donazioni ante nuptias *e le donazioni* propter nuptias. *Le prime si rassomigliano alle donazioni a contemplazione di matrimonio perchè si faceano per effettuarsi matrimonii vantaggiosi, o per la qualità della persona, o per le convenienze dotali. Le altre si costituivano per sicurezza della dote. Non vi è alcuna disposizione che chiama i figli nascituri. I prammatici distinguevano quando la chiamata dei figli si facea direttamente dal donante o dal donatario che stipulava per sè e suoi eredi: ma quando i figli non erano stati chiamati e nominati, essi non avevano che la sola speranza di trovare nella successione tali beni donati, non aveano al più che un dritto secondario.*

I consiglieri Sarno e Magliano risposero nel modo seguente: *Gli scrittori oltramontani sono discordi sulla quistione se la semplice donazione a contemplazione di matrimonio s' intendeva che comprendesse i figli nascituri, sebbene non nominati. In ogni modo presso di noi vigeva il* jus receptum *per l'opinione affermativa, ed il Sacro Consiglio ha costantemente deciso che la donazione* contemplatione matrimonii *contiene in sè stessa sempre la chiamata dei figli nascituri ancorchè non espressa, nè i figli nominati.*

Il consiglier Magliano particolarmente disse *di aver sostenuto moltissime cause di tale natura negli antichi tribunali e la*

e 1038 ll. cc., esaminati ed insiem combinati.

5.° Ma fatta o pur no col contratto matrimoniale, può essere non solo di corpi certi, come il tal fondo, la tale casa, o di quantità o di somme, come cento ettolitri di grano, mille franchi, o di una rendita o pensione, sia vitalizia, sia in perpetuo; ma ancora di una quantità de' beni presenti del donante, per esempio, della metà; e si stabilisce allora una comunione tra costui ed il donatario a motivo di simile quantità. Talmente che se il donante non si abbia riservato l'usufrutto o il godimento sua vita durante, o per un determinato tempo, può il donatario domandare, appena contratto il matrimonio, che gli sieno rilasciate le cose comprese nella donazione (1).

Nondimeno, siccome non vi sono beni che dedotti i debiti, il donatario è tenuto di una porzione di quelli del donante allora esistenti, nella

---

decisione essere stata sempre conforme a tali principii, che si erano accolti anche dall' abolita nostra G. C. di cassazione.

Secondo queste teorie si è deciso che tale donazione non ha bisogno di accettazione, ch' è irrevocabile come è irrevocabile lo stesso matrimonio, che i donatarii non possono alienare i beni donati, e che la donazione non si può rivocare nè per sopravvenienza di figli, nè per ingratitudine de' donatarii; e tutto ciò perchè vi è anche l' interesse dei' figli nascituri. L' articolo dunque in esame non fa che confermare il jus receptum *del nostro regno e fa eco all' uso costante di giudicare degli antichi Tribunali.*

La camera si uniformò al parere de' consiglieri Sarno e Magliano. Trad.

(1) *V.* tomo precedente, n.° 471.

proporzione della quantità donata (1). All'opposto il donatario di cose speciali non è tenuto de' debiti, salvo l'esercizio dell'ipoteca, nel qual caso ha il suo regresso come di dritto (2).

4.° Il donante può riservarsi l'usufrutto delle cose donate, o non donar che l'usufrutto, o riservarsi la facoltà di disporne a vantaggio di un altro; art. 949 c. c. = *873 ll. cc.* (3).

5.° Può anche stipulare il dritto di riversione delle cose donate, sia pel caso della premorienza del solo donatario, sia pel caso della premorienza del donatario e di lui discendenti (art. 951 c. c. = *876 ll. cc.*), o soltanto del donatario e de' discendenti del matrimonio; e l'effetto di questa riversione è regolato dall'art. 952 c. c. = *877 ll. cc.* (4).

6.° La donazione è rivocata per sopravvegnenza di figli, come ogni specie di donazione, ne' casi preveduti dall'art. 960 c. c. = *885 ll. cc.*

7.° Quando la donazione comprenda effetti mobili, dev'esserne fatto uno stato estimativo unito alla minuta dell'atto contenente donazione, altrimenti l'atto non è obbligatorio pel donante o suoi eredi riguardo alle cose non estimate (art. 948 c. c. = *872 ll. cc.* (5); salvo il caso nondi-

---

(1) *V. ibid.*, n.° 472 e seguente.

(2) *V.* nel medesimo volume, n.° 527.

(3) Per l'effetto di queste clausole, *V. ibid.*, n.° 461 a 468 inclusivamente.

(4) *V.* tomo precedente, n.° 486 a 497.

(5) *V. ibid.* n.° 411.

meno in cui la donazione fosse fatta in forma di quota (1).

8.° La trascrizione per gli stabili donati è richiesta come per le altre donazioni di beni presenti; e tuttociò che si disse nel tomo precedente (2) per riguardo alla mancanza di trascrizione ed a coloro che possono opporla, non che a quelli i quali non possono prevalersene, è applicabile puranche alle donazioni di cui trattasi.

9.° Se il donante si abbia riservata la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione non fatta col contratto di matrimonio o con un contratto posteriore che s' identifichi con tale contratto, attesa l' osservanza delle formalità stabilite negli art. 1396 e 1397 c. c. = *1350 e 1351 ll. cc.* (per argomento), la cosa appartiene ai suoi eredi, quando anche fosse morto senza averne disposto; e ciò, non ostante qualunque clausola contraria: gli art. 1081 e 946 c. c. = *1037 e 870 ll. cc.* confrontati insieme, lo vogliono così; giacchè lo stesso art. 947 c. c. = *871 ll. cc.*, facendo eccezione al detto art. 946 per le donazioni di cui è parola nei capitoli VIII e IX del presente titolo, si combina coll' art. 1086 c. c. il quale nella sua seconda disposizione tratta della donazione fatta con tale riserva, e quest' ultimo statuisce soltanto sulla donazione fatta per *contratto di matrimonio.*

10.° Bisogna dire lo stesso, e con la medesima

(1) *V.* nel medesimo volume, n.° 412, ma anche il n.° 410.
(2) N.° 501 a 525.

distinzione, tra il caso in cui la donazione sia fatta col contratto di matrimonio, e quello nel quale abbia luogo con atto separato, per ciò che concerne la condizione imposta al donatario di pagare debiti e pesi diversi da quelli esistenti nel giorno della donazione, o che fossero espressi sia nell' atto di donazione, sia in uno stato annessovi: nell' ultimo caso sarebbe nulla, giusta gli art. 1081 e 945 c. c. = *1037 e 869 ll. cc.*, insiem combinati, senza che gli art. 1047 e 1086 c. c. = *1002 ll. cc.* confrontati tra loro possano proteggerla, sempre pel motivo che quest' ultimo articolo, cui si riferisce il primo, si applica soltanto alle donazioni per contratto matrimoniale.

11.° Infine bisogna ancor fare la stessa distinzione pel caso in cui la donazione fosse conceputa con condizioni la cui esecuzione dipendesse dalla sola volontà del donante: sarebbe nulla, abbenchè dichiarata fatta in contemplazione del matrimonio, se non fosse inserita nel contratto nuziale o in un atto posteriore che seco s' identifichi; art. 944, 1081, 947 e 1086 (a) c. c. =

(a) Il consiglier Sollima sull' articolo 1080 del progetto (corrispondente al detto articolo 1086 dell'abolito Codice civile francese) nella camera di Grazia e Giustizia del già supremo Consiglio di Cancelleria si espresse ne' seguenti termini: *La roba riserbata di cui non si è disposto deve andare all' erede legittimo, non mai al donatario, eccetto patto in contrario! Ciò nasce dalla massima, che dare e ritenere non si può. Nell' articolo dunque devesi dire l' opposto. È vero che tali donazioni son privilegiate, e si può in esse apporre tutto ciò che non è contrario ai buoni costumi: ma tutto quello che contiene contraddizione non può formare oggetto di veru-*

868, *e 1037 e 871 ll. cc.* esaminati ed insiem combinati.

669. Ma quella tra vivi di beni presenti fatta agli sposi o ad uno di essi è sottoposta soltanto alle regole generali delle donazioni fatte a questo titolo, e non a tutte le regole di qualunque natura delle donazioni.

In conseguenza 1.°, come lo abbiam detto, non è essa rivocabile per causa d' ingratitudine, o che sia stata fatta con un atto distinto dal contratto di matrimonio (purchè lo sia stato in contemplazione del matrimonio), o che sia stata inserita nello stesso contratto matrimoniale; imperocchè l' art. 959 c. c. = *884 ll. cc.* non distingue.

2.° Similmente ogni donazione fatta in contemplazione di matrimonio, inserita o pur no nel contratto nuziale, è caduca se il matrimonio non segua (art. 1088 c. c. = *1043 ll. cc.*), attesochè si presume sempre legalmente fatta sotto la condizione del matrimonio; mentrechè una donazione

na disposizione o convenzione. Come si può presumere la donazione nell' atto che si ritiene?

Il consiglier Magliano rispose, *che dovrebbe togliersi questo articolo, e seguirsi le regole contenute nell' articolo 698 del progetto (* che corrisponde all' articolo 870 delle leggi civili *) come più semplici.*

Il consiglier Sarno soggiunse: *Bisogna distinguere. Riserva di cosa, da riserva di dritto su la cosa donata. Chi riserva un cespite per disporne non lo dona sicuramente. Chi poi riservasi una facoltà, si riserba un dritto di fare, che non facendo non diminuisce il dono, ma può dirsi che tutto dona sotto condizione se non ne disponga.*

La detta Camera di Grazia e Giustizia si uniformò all' avviso del consigliere Magliano. Trad.

ordinaria tra vivi di beni presenti non divien caduca per la morte del donatario prima di maritarsi. E se il matrimonio venisse annullato ed i due coniugi fossero in mala fede, o anche semplicemente il coniuge donatario, la donazione potrebbe essere rivocata, salvo i dritti che i terzi di buona fede avessero potuto acquistare sui beni donati. Ma se il coniuge donatario fosse in buona fede, la donazione conserverebbe i suoi effetti a di lui riguardo; art. 202 c. c. = *192 ll. cc.*

Del resto la morte del donante prima del matrimonio non annulla la donazione.

3.° Quelle contenute nel contratto di matrimonio non possono essere impugnate nè dichiarate nulle sotto pretesto della mancanza di accettazione (art. 1087 c. c. = *1042 ll. cc.*); a differenza in generale, come lo abbiamo detto, di quelle che sien fatte fuori contratto nuziale, benchè in contemplazione del matrimonio.

4.° Infine se, quando la liberalità sia fatta col contratto di matrimonio, il donante si abbia riservato la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione de' suoi beni presenti, o di una somma da prendersi su questi medesimi beni, e muoia senza di averne disposto, la cosa o la somma si reputano comprese nella donazione, ed appartengono agli eredi del donatario, in virtù degli art. 947 e 1086 c. c. = *871 ll. cc.*, e per eccezione all'art. 946 c.c. = *870 ll. cc.* Potè fare eziandio la donazione con condizioni dipendenti dalla sua

volontà, o con la condizione di soddisfar debiti diversi da quelli esistenti nel giorno del contratto, come lo giudicò la Corte suprema con arresto di cassazione del 27 settembre 1815, da noi riportato nel tomo precedente, n.o 485: attesochè, disse e con ragione la Corte, l'art. 947 facendo eccezione ai divieti contenuti nei quattro precedenti articoli, in favore delle donazioni di cui è parola nei capitoli VIII e IX del presente titolo, comprende espressamente gli art. 944 e 945 c. c. = *868 e 869 ll. cc.*, i quali proibiscono queste clausole nelle donazioni non fatte per contratto di matrimonio, e comprende in conseguenza la donazione menzionata nello stesso art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.*, abbenchè questo articolo la dichiari sottoposta alle regole generali delle donazioni tra vivi de' beni presenti. Ciò è incontrastabile; ma, come lo abbiamo fatto osservare, affinchè questa risoluzione sia applicabile, bisogna non solamente che la donazione sia fatta in contemplazione del matrimonio, ma eziandio che sia fatta col contratto di matrimonio o con un atto il quale seco s'identifichi; imperocchè il suddetto art. 947 si riferisce a tale riguardo al menzionato art. 1086 il quale dispone unicamente sopra donazioni fatte per contratto di matrimonio, e che stabilendo derogazioni alle regole della materia, dev' essere ristretto nella sua applicazione alle sole donazioni di cui si occupa.

Del resto ne svilupperemo in appresso più estesamente il senso e gli effetti.

SEZIONE II.

Della donazione di beni futuri, o istituzione contrattuale.

SOMMARIO.

670. *Motivi che fecero ammettere le donazioni di beni futuri per atto tra vivi, ed a vantaggio anche d' individui non ancor nati, nè conceputi. Era questo un dritto consuetudinario.*

671. *La donazione di beni futuri chiamasi* istituzione contrattuale, *giacchè è la donazione dell' eredità in tutto o in parte.*

672. *Essa ha qualche analogia colla donazione a causa di morte, rigettata dalla nostra legislazione in virtù dell' ordinanza del 1731 e del Codice; ma ne differisce in molti punti.*

673. *Non può farsi in generale se non per contratto di matrimonio, stipulato in forma autentica.*

674. *Testo dell' art. 1082.*

675. *Questa donazione può farsi da molti, ed a vantaggio dei due sposi.*

676. *Essa non consiste in cose speciali e determinate, nè in somme, mentre allora sarebbe una donazione tra vivi di beni presenti; ma è universale o a titolo universale.*

677. *Si presume fatta puranche in favore de' figli e discendenti nascituri dal matrimonio, in caso di premorienza dello sposo donatario per riguardo al donante, ma può costui escludere l' effetto di tal presunzione con una stipulazione contraria.*

678. *La donazione non potrebbe farsi soltanto a favore de' figli e discendenti nascituri dal matrimonio, ad esclusione degli sposi.*

679. *Allorchè i figli concorrano alla disposizione per effetto della premorienza del lor padre donatario, per raccogliere i beni donati non hanno bisogno di essere suoi eredi, anche beneficiati.*

680. *Allorchè il donatario abbia raccolto, non possono i figli avere i beni donati che accettando la sua eredità.*

681. *Tranne se la donazione sia stata fatta con peso di restituzione a lor favore. Dritto del Codice a tal riguardo, e legge del 17 maggio 1826.*

682. *Effetto di questo peso di restituzione.*

683. *La istituzione contrattuale fatta da un ascendente non toglie ai*

figli del donatario premorto, nati da un altro matrimonio, la lor parte nella porzione di beni che sarebbe stata a costui dovuta a titolo di riserva.

684. *In caso di premorienza del donatario, i figli di figli morti prima del donante, concorrono coi loro zii o zie, ed hanno nella istituzione la parte che avrebbero avuta il lor padre o madre.*

685. *La premorienza del donatario e di tutti i figli del matrimonio non rende caduca l' istituzione se abbiano essi lasciati discendenti, come renderebbe caduca una sostituzione fedecommessaria.*

686. *I figli di figli premorti concorrono all' istituzione per dritto di rappresentazione, e la divisione si fa per stirpi, e non per capi. Dritto antico positivo a tal riguardo, anche nei paesi in cui non era ammessa la rappresentazione.*

687. *I figli morti prima del donante senza lasciare discendenti si reputano non essere esistiti circa all' istituzione.*

688. *L' istituito non può disporre de' beni in vita del donante a danno de' figli, nel caso in cui non conseguisse il dritto.*

689. *Anche quando avesse oprato col consenso del donante.*

690. *Il donante nol può di vantaggio dopo la morte dell' istituito, nè scegliere un figlio del matrimonio per conseguire i beni.*

691. *Anticamente la riserva fatta dal donante che, in caso di premorienza del donatario, potesse distribuire i beni come meglio gli piacesse tra i figli del matrimonio, era validissima ed assai in uso: il Codice non la proscrive.*

692. *Ma vieta (e la legge del 17 maggio 1826 non cambiò menomamente le sue disposizioni a tal riguardo) la clausola che in caso di premorienza del donatario, i beni apparterranno al tale o tal figlio del matrimonio.*

693. *L' istituzione contrattuale non può farsi che a favore degli sposi o di uno di essi, ed in caso di lor premorienza, a vantaggio de' figli e discendenti nascituri dal matrimonio.*

694. *Avveniva lo stesso nelle antiche regole, ma erano esse eluse mediante la clausola detta di* Società, *con cui l' instituito aveva incarico di far partecipare altre persone, per esempio i suoi fratelli e sorelle, al beneficio della istituzione: questa clausola è rigettata dal Codice, meno come sostituzione vietata, che come donazione di beni futuri fatta a favore di persone incapaci di riceverle con atti tra vivi: decisione in questo senso. Nondimeno controvertito.*

695. *Il beneficio della nullità circa alla porzione de' socii ridonda a vantaggio degli eredi del donante, e non a vantaggio dell' istituito : medesima decisione. Controvertito pure.*

696. *Le clausole di società contenute in contratti antichi e nei paesi in cui esse erano ammesse dall' uso, debbono ancora ricevere la loro esecuzione vigente il Codice.*

697. *Le clausole di società inserite in donazioni anche universali di beni presenti, hanno effetto vigente il Codice come anticamente : decisione uniforme.*

698. *La clausola con cui un padre moritando uno de' suoi figli promette di lasciar ad essi tutti la sua eredità in porzioni eguali, ha effetto sol riguardo al figlio nel cui contratto di matrimonio si trova : conseguenza.*

699. Quid *se i fratelli e sorelle del figlio maritato muoiano prima del donante il quale avea promesso di lasciargli* una parte uguale a quella de' suoi fratelli e sorelle? *Si reputerà forse che costui abbia fatto una istituzione universale, interdicendosi con ciò ogni dritto di disporre? Specie giudicata dallu Corte di cassazione, la quale decise per la negativa.*

700. *Alla istituzione contrattuale si fa luogo colla morte noturare o civile dell' istituente; essa non è caduca per la costui morte civile.*

701. *Ma è caduca se l' istituito sia morto civilmente in tempo che trapassa il donante, nel caso in cui non vi sieno discendenti del matrimonio.*

702. *Nel caso d' indegnità o di rinuncia dell' istituito, i figli e discendenti del matrimonio raccolgono pure il beneficio dell' istituzione.*

703. *Effetti generali dell' istituzione per ciocchè sia irrevocabilità : testo dell' art. 1083 c. c.*

704. *Il donante può far donuzioni modiche.*

705. *Ma non può disporre a titolo universale in danno dell' istituzione.*

706. *I donatarii anche a titolo particolare degl' immobili compresi nella istituzione non possono allegar la mancanza di trascrizione.*

707. *Nettampoco possono gli eredi opporre la mancanza di stato estimativo degli effetti mobili compresi nella disposizione.*

708. *Può il donante disporre come più gli piaccia a titolo onerose, ed in buona fede.*

709. *La vendita simulata fatta in danno dell' istituzione può essere impugnata dal donatario.*

710. *Avvien lo stesso delle false ricognizioni di debiti.*

711. *Per massima, le vendite o cessioni fatte dal donante mercè una rendita vitalizia, son valide: decisione uniforme.*

712. *La rinunzia fatta dal donante al dritto di alienare gl' immobili, posteriormente al contratto di matrimonio, è nulla e di niun effetto: medesima decisione.*

713. *Sarebbe nulla puranche benchè fosse stata inserita nel contratto del matrimonio.*

714. *Le vendite fatte mediante una rendita vitalizia, ed in chiaro modo fraudolenti da parte puranche dell' acquirente, possono essere annullate.*

715. *La donazione fatta nei limiti di una riserva contenuta nell' istituzione non si può impugnare dall' istituito, benchè vendite fatte dopo, o anche prima, l' avessero renduta sterile.*

716. *I creditori dell' istituito posteriori alla disposizione di una somma maggior di quella di cui il donante si avea riservato là facoltà di disporre, ed alla quale il donatario diede il suo consenso, non possono impugnare questa disposizione come fatta in danno de' loro dritti.*

717. *La sua validità vien regolata dalla legge vigente nel giorno dell' istituzione: in conseguenza quelle fatte vigente la legge del 17 nevoso anno II sono nulle, quantunque il donante fosse morto sotto il Codice civile.*

718. *L' istituito è tenuto de' debiti e pesi ereditarii personalmente per la sua parte, ed ipotecariamente per l' intero, salvo il suo regresso come di dritto: rimessione ad altre parti dell' opera.*

719. *In qual caso l' istituito sia impossessato di pieno dritto per effetto della morte del defunto.*

720. *Suoi dritti circa ai frutti: rimessione.*

721. *Effetto dell' impossessamento circa alla necessità per l' istituito di far uso del beneficio dell' inventario, a fin di non essere tenuto de' debiti* ultra vires.

722. *L' istituzione contrattuale divien caduca per la premorienza del donatario e suoi discendenti nati dal matrimonio.*

723. *La moglie maritata ha bisogno di essere debitamente autorizzata per fare una istituzione contrattuale: controverso.*

724. *Ma debitamente autorizzata può farne una la quale comprendesse i suoi beni dotali, quantunque non dichiarati alienabili col suo contratto di matrimonio.*

725. *Il termine per impugnare una istituzione contrattuale fatta da persona incapace è quello stabilito dall' art. 1304 c. c.*

670. La donazione di beni futuri, o di tutti o parte de' beni che il donante lascerà a morte sua era di frequente uso nelle antiche province della Marca, dell' Auvergne e del Borbonese (1), perchè favorisce singolarmente i matrimonii assicurando l' eredità del donante al futuro sposo donatario senza spogliare il primo. Da ciò si vede che generalmente i terzi ed i genitori stessi debbono essere più facilmente indotti a fare una liberalità di questa natura, la quale non toglie ad essi la proprietà de' loro beni, che li priva soltanto della facoltà di donarli di poi ad altri, anzichè una donazione il cui effetto sarebbe di spogliarli all' istante.

671. Chiamasi questa donazione *instituzione contrattuale*, giacchè con essa s' instituisce un erede, e si fa ciò con un contratto, in modo irrevocabile, il che non avviene che in questo solo

---

(1) Quindi gli autori che si occuparono di questa materia ne attinsero generalmente le regole da siffatte consuetudini e dalle opere de' loro comentatori.

Chabrol nel suo comentario sulla consuetudine di Auvergne, ed Auroux des Pommiers nel suo sulla consuetudine del Borbonese spiegarono assai bene le regole di questa materia.

Boucheul fece un trattato *delle convenzioni di succedere*, generalmente stimato, e de Laurieres spiegò pure la stessa materia, ma con minor successo de' precedenti, benchè abbia fatto per questo soggetto un trattato *ex professo*, nel quale si trova talvolta più erudizione che perfetto discernimento.

caso. E la donazione di tutta o parte dell'eredità (1), come lo sarebbe la donazione di beni presenti, in quanto che il donante non può distruggere l' istituzione, quantunque dissipando i suoi beni ne possa rendere gli effetti meno importanti di quel che avrebbero potuto esserlo se avesse meglio amministrato il suo patrimonio.

672. Questa disposizione ha nondimeno qualche analogia con le antiche donazioni a causa di morte del dritto romano e della nostra giurisprudenza francese anteriore all' ordinanza del 1731. Essa ha di comune con queste donazioni che, stante la facoltà che ha l' istituente di disporre a titolo oneroso de' beni compresi nell' istituzione, non n'è realmente determinato l' effetto, come quello della donazione a causa di morte, se non in tempo che trapassa il donante; e la premorienza del donatario e di lui discendenti nati dal matrimonio rende caduca l' istituzione, come la premorienza del donatario rendeva caduca la donazione a causa di morte. Quest' ultima si formava pure per convenzione, come l' istituzione contrattuale.

Ma vi sono nondimeno notabili differenze fra queste due disposizioni. L' istituzione contrattuale

(1) Appunto per essere la donazione dell' eredità, la Corte suprema, riformando una decisione della Corte di Pau, giudicò che una istituzione antica fatta con atto privato da un padre il quale non aveva il donatario sotto la sua potestà, era nulla quantunque fatta in un paese in cui le convenzioni matrimoniali potevano essere comprovate in questo modo: poco importava che fosse eziandio a favore de' figli nascituri, e dispensata, per natura sua, da espressa accettazione. Arresto del 20 maggio 1818; *Sirey* 18, 1, 336.

è irrevocabile, salvo il caso di sopravvegnenza di figli ed inesecuzione delle condizioni colle quali fu fatta, mentre che la donazione a causa di morte era essenzialmente rivocabile a volontà del donante, come il testamento. La premorienza del solo donatario rendeva caduca quest' ultima, invece che la prima divien caduca per la premorienza del donatario e di lui discendenti nati dal matrimonio (1). La donazione a causa di morte era generalmente fatta con atti diversi dai contratti di matrimonio, e poteva aver luogo in favore di ogni altro che un futuro sposo, mentrechè nell' istituzione contrattuale non può avvenire che in questi contratti ed in favore degli sposi o di uno di essi, ed in caso di loro premorienza, a vantaggio pure de' figli e discendenti nascituri dal matrimonio; e non basterebbe che fosse formalmente fatta in favore del matrimonio con un atto distinto da quello che contiene le convenzioni matrimoniali; ma bisognerebbe che fosse inserita nello stesso contratto di matrimonio, o in un atto posteriore che vi si riferisse per l' osservanza delle formalita prescritte negli art. 1396 e 1397 c. c. = *1350 e 1351 ll. cc.*; mentrechè la donazione a causa di morte poteva esser fatta a favore di ogni altro che un futuro sposo. Si noterebbero pure talune altre lievi differenze; ma basta lo indicar queste.

(1) Spiegheremo in appresso perchè diciamo *suoi discendenti nati dal matrimonio*, in vece di dire semplicemente *per la premorienza del donatario e della sua discendenza*; come si esprime l' art. 1089 c. c. = 1042 *ll. cc.*

673. Il contratto di matrimonio dev' essere fatto innanzi notai, con minuta, nella forma ordinaria degli atti autentici, e prima della celebrazione del matrimonio; art. 1394 c. c. = *1348 ll. cc.*: niuna donazione di beni futuri potrebbe poscia aver luogo a favore degli sposi, anche da parte de' genitori.

674. Le donazioni di beni futuri sono sancite dall' art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*, così conceputo:

« I padri e le madri, gli altri ascendenti, i parenti collaterali degli sposi, ed anche gli estranei, potranno per contratto di matrimonio disporre di tutti o di parte de' beni che lasceranno in tempo della loro morte, tanto a favore de' detti sposi, che de' figli da nascere dal loro matrimonio, nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo donatario.

« Tal donazione, quantunque fatta a vantaggio soltanto degli sposi o di uno di essi, si presumerà sempre, nel suddetto caso di sopravvivenza del donante, fatta a favore de' figli e discendenti che nasceranno da quel matrimonio. »

675. Questa donazione può esser fatta da molti congiuntamente, per esempio dai genitori, come può esserlo a favore de' due sposi; in vece che un testamento non può esser fatto da molti nel medesimo atto, o a favore di un terzo, o a titolo di reciproca e scambievole disposizione; art. 968 c. c. = *893 ll. cc.* Egli è perchè l' istituzione con-

trattuale è irrevocabile a differenza del testamento.

676. *Per parte de' beni* che il donante lascerà in tempo della sua morte, s' intende non delle cose speciali e determinate, come il tale fondo, la tal casa, nè delle somme pagabili all' istante o ad una epoca stabilita, giacchè sarebbe allora una donazione tra vivi di beni presenti (1) regolata dall' art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.*, per ciò che riguardasse queste cose o queste somme; e la disposizione la quale

---

(1) La Corte di Metz giudicò nondimeno che la seguente clausola racchindeva una istituzione contrattuale, e perciò che il donante aveva potuto disporre de' suoi beni a titolo oneroso, senza che il donatario potesse impugnare gli atti:

« Volendo i genitori esprimere la soddisfazione che provano pel « futuro matrimonio, si obbligano di dare al loro figlio, e gli costi- « tuiscono in dote la somma di 60,000 franchi, che gli sarà conse- « gnata immediatamente dopo il matrimonio, purchè non vogliano « pagarne l' interesse sino al rimborso che faranno a lor piaci- « mento: *gli assicurano inoltre e gli donano sin da ora, nella « miglior forma di donazione, cento cinquantamila franchi da « prendersi nelle loro eredità e prima di ogni divisione.* »

E la Corte di cassazione rigettò il ricorso dicendo che la Corte reale *aveva potuto interpetrare* la seconda parte della clausola con la prima, e scorgervi che i genitori non avevano inteso interdirsi circa ai 150,000 fr. la facoltà di disporre de' loro beni a titolo oneroso, ma soltanto che la detta somma fosse presa dalle loro eredità, cioè dai beni che vi si ritrovassero in tempo che ad esse si facesse luogo; d onde segue che per tal riguardo, la donazione non dovea produrre altri effetti che quelli di una istituzione contrattuale..... Arresto di rigetto del 1.° marzo 1821; *Sirey*, 21, 1, 234.

Ma *V.* ciocchè si disse sopra una quistione analoga nel tomo precedente, n.° 458, osservando che vi discutiamo la quistione riguardo ad una donazione tra vivi fatta fuori contratto di matrimonio. Del rimanente il suddetto arresto non è un arresto di massima, ma bensì d' interpetrazione di volontà.

esprimesse che la donazione consisterà nelle *tali cose che il donante lascerà a morte sua*, sarebbe similmente una donazione tra vivi con tacita riserva di usufrutto: la proprietà delle cose passerebbe pure immediatamente al donatario, senza che la donazione fosse sottoposta alla caducità pronunziata dall'art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* Con questa parola *parte* s'intende adunque una parte costituente un titolo universale: come sarebbe la metà, il terzo de' beni che il donante lascerà in tempo della sua morte, o gl' immobili o i beni mobili che lascerà a morte sua, o una quota parte degli uni o degli altri. Siccome il legato fatto in questi termini sarebbe un legato a titolo universale (art. 1010 c. c. = *964 ll. cc.*), per perfetta analogia, la donazione è una istituzione di erede allorchè sia fatta nei medesimi termini.

677. La presunzione che chiama i figli e discendenti nascituri dal matrimonio pel caso della premorienza del donatario, può essere rimossa, come già abbiamo avuto occassione di dirlo (1), con una dichiarazione del donante. Chi donando anche i suoi beni presenti di cui spogliasi col solo fatto della donazione debitamente accettata, avrebbe potuto stipulare la riversione delle cose donate, in caso di premorienza del donatario, e ciò avvenendo impedire in tal modo ai figli di quest' ultimo di profittarne, ben potè viemaggiormente stipulare che

(1) Sopra n.° 540.

nel medesimo caso i suoi beni futuri non uscissero dalla sua famiglia per passare ai figli del donatario. Potè preferir costui a' suoi eredi, ma parimenti potè preferire i suoi eredi ai discendenti di siffatto donatario.

678. La donazione non potrebbe anche esser fatta unicamente a favore de' figli nascituri dal matrimonio, e non da principio a favore dello sposo. Queste parole della prima parte dell' art. 1082 c. c. = 1038 ll. cc.: *tanto a favore degli sposi, che de' figli da nascere dal loro matrimonio, nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo donatario*, non esprimono due casi puramente alternativi ed indipendenti l' un dall' altro (1): ve n' ha un solo indipendente, cioè il primo, quello che riguarda gli sposi. Circa a quello concernente i figli, dipende al contrario dal primo. Non bisogna in fatti separarne l' ipotesi che fa immediatamente la legge in questi termini: *nel caso in cui il donante sopravvivesse allo sposo donatario.* Quindi in questa supposizione può farsi la donazione a favore de' figli nascituri dal matrimonio, cioè in caso di premorienza del donatario. Or questo caso non potè esser preveduto dal legislatore se non perchè non permetteva di far la donazione a favore de' figli se il loro padre vivesse ancora al momento in cui vi si desse luogo, vale a dire a

(1) L' art. 17 dell' ordinanza del 1731 permetteva nondimeno di donare i beni presenti e futuri ai futuri sposi, o ai discendenti da nascere dal matrimonio; ma il Codice non ammise quest' alternativa.

morte del donante; in conseguenza ciò è un dire chiaramente che il futuro sposo non può anch'esso essere escluso dalla disposizione. La seconda parte dell' articolo confermerebbe in caso di bisogno questa interpetrazione, giacchè dichiara positivamente che *nel detto caso di sopravvivenza del donante* la donazione, benchè fatta a favore soltanto degli sposi o di uno di essi, si presumeva fatta a favore de' figli nascituri dal matrimonio. Or è chiaro che tale presunzione fu così stabilita nella supposizione del caso che le serve di base, cioè una donazione fatta da principio allo sposo, ed allorchè il medesimo muoia prima del donante.

Ciò per la interpetrazione del testo; nè le considerazioni dedotte dalle regole ne permettono una altra. A contemplazione del matrimonio unicamente è così permesso di disporre de' proprii beni futuri per mezzo di contratto in modo irrevocabile, e di farlo a favore d'individui che non sieno ancora concepiti. Or se lo sposo medesimo può essere escluso dal beneficio della disposizione, lo scopo della legge è mancato in gran parte; la derogazione alle regole non ha più motivi sufficienti: quello che la legge ebbe principalmente in mira essendo estranea a questa disposizione, non può essa più determinarlo a contrarre il matrimonio; non avvi più persona da essa invitata, o almeno lo è sì debolmente, che una influenza cotanto lieve non meriterebbe che non si seguissero le regole del dritto comune autorizzando una simile disposizione. Che

figli i quali non ancora son concepiti all' istante della donazione sieno chiamati eventualmente a raccoglierne il beneficio, nel caso in cui il lor padre morisse prima del donante, ciò si comprende: essi subentrano al posto suo, giacchè allora esistono, ed esistono al momento in cui si fa luogo al dritto, cioè a morte del donante, altrimenti non si tratterebbe di essi; ma non lo si comprende più se sia permesso di escludere il lor padre, mentre non potendo prendere un posto ch' egli non mai occupò, poichè non fu compreso nella donazione, potrebbe avvenire in tal modo che non fossero nè nati, nè concepiti al momento in cui si fa luogo al dritto che essi fossero nondimeno chiamati a raccogliore. Or tutte le regole ripugnano a simile dottrina. Suppongasi in fatti che al momento della morte del donante il donatario viva ancora, e che dopo quest' epoca soltanto abbia avuto figli: in tal caso non vediamo alcuno a morte del donante per conseguire i beni. Ed in fatti non il donatario, mentre è stato escluso dalla donazione; nettampoco i suoi figli, poichè non più esistono; non in fine i suoi eredi, perchè gli ha similmente esclusi dalla sua eredità, ammenochè non si pretendesse di aver loro lasciato questi medesimi beni finchè nascessero figli dal matrimonio, col peso di conservarli e restituirli ai detti figli in tempo della loro nascita, come per una sostituzione fedecommessaria, e con obbligo ancora pe' primi nati di conservare e restituire la parte ai loro fratelli e sorelle i quali na-

scessero dopo di essi; ma sarebbe questo un involvimento di pesi di conservare e restituire incompatibile con le regole del Codice.

Si oppone che il donante potè voler donare soltanto ai figli del matrimonio, temendo che il donatario dissipasse i beni; e non autorizzando il Codice l'istituzione con peso di conservare e restituire se non quando fosse fatta da un padre o madre, o fratello o sorella non lascianti figli, l'esclusione del futuro sposo, nel caso in cui la donazione era fatta da chiunque altro, aveva un ragionevole motivo vigente il Codice. Ma rispondiamo che questo motivo era insufficiente ad autorizzare una disposizione la quale si allontana sì evidentemente dalle regole del dritto comune, e che non è autorizzata nè dalle parole, nè dallo spirito dell'art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.* Sicchè riguarderemmo come nulla e di niun effetto una simile istituzione contrattuale. Risulterebbe nulla perchè non si sarebbe donato a chi potevasi donare, e nulla perchè sarebbesi donato principalmente a quelli i quali non potevano ricevere che sussidiariamente ed eventualmente, mercè soltanto un altro che venne escluso.

679. Rientrando ne' termini di una istituzione contrattuale fatta soltanto a favore degli sposi o di uno di essi, ma senza esclusione de' figli nascituri dal matrimonio, l'effetto della presunzione che chiama costoro, nel caso in cui il donatario morisse prima del donante, è di far loro passare i

beni in virtù di una specie di sostituzione volgare (1) tacita (2) la quale avrà per essi questo gran vantaggio, che quando anche avessero rinunziato all'eredità del lor padre per dispensarsi di pagarne i debiti, potranno accettare l'istituzione contrattuale. È questa pure una specie di rappresentazione.

680. Ma se il loro padre sia sopravvissuto al donante, quando anche fosse per un istante di ragione, allora ha egli stesso raccolto il dritto, i beni si son confusi nel suo patrimonio, e non potendo i figli scindere questo patrimonio, non possono in conseguenza concorrere ai beni donati che qualificandosi eredi del loro padre. In tal caso non solo i figli e discendenti del matrimonio profitterebbero de' beni, ma anche quelli di un altro matrimonio, ed ogniqualsivoglia erede. Ed avverrebbe lo stesso nel caso in cui la donazione fosse stata fatta espressamente *puranche* in favore de' figli, il qual caso è preveduto nella prima parte dell'art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*

681. Per assicurare vantaggi vieppiù estesi ai fi-

(1) Diciamo *una specie di sostituzione volgare tacita*, mentre non è una sostituzione volgare perfetta, poichè si dona pure, eventualmente è vero, ma ciò non altera la cosa, donandosi, diciam noi, beni ad individui i quali non sono ancora conceputi, con una disposizione irrevocabile, senza nondimeno che un altro riceva questi beni per restituirli ad essi; imperocchè se il donatario li raccolga, ne fa ciocchè può fare de' suoi beni personali.

(2) Se la donazione sia stata fatta formalmente anche in lor favore, come lo suppone la prima parte dell'art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*, allora la sostituzione volgare è espressa.

gli, può il donante, come di sopra abbiamo detto, far la donazione con peso di restituzione; e dopo la legge del 17 maggio 1826, questo peso potè essere imposto da altri che padre, madre, fratello o sorella, non solo a favore di tutti i figli indistintamente, nati da diversi matrimonii del donatario, ma eziandio a favore di uno o di più, anche nati da altro matrimonio, e in due gradi; mentrechè, secondo il Codice, non avrebbe potuto essere apposto se non da padre, madre, fratello o sorella (nel caso pure in cui questi ultimi fossero morti senza figli), a favore di tutti i figli del donatario indistintamente, e nel primo grado soltanto; art. 1048, 1049, e 1050 c. c. = *1003, 1004 e 1006 ll. cc.* insiem combinati.

682. L'effetto di questo peso di restituzione è di dare ai figli sostituiti il dritto di conseguire i beni a morte del lor padre donatario, il quale gli ha pur esso raccolti, senza essere in obbligo di accettare la sua eredità.

Da ciò segue che se il donatario muoia prima del donante, i figli e discendenti del matrimonio profitteranno essi soli della donazione per effetto della sostituzione volgare che vi è compresa; e se il donatario consegua il dritto, i chiamati alla sostituzione, ed esistenti a morte sua, ne profitteranno essi soli, ma ne profitteranno tutti, da qualunque matrimonio sieno nati.

683. Del resto quantunque i figli e discendenti nati dal matrimonio abbiano dritto essi soli al be-

neficio dell' istituzione allorchè l' istituito sia premorto al donante, nondimeno nel caso in cui la donazione sia stata fatta da un ascendente, i figli di un altro matrimonio del donatario hanno la loro parte intatta nella porzione de' beni formanti la riserva a cui egli avrebbe avuto dritto. Per esempio, un figlio unico è stato istituito erede universale da suo padre nel contratto di matrimonio; è rimasto vedovo avente due figli di questo matrimonio, e che vivono ancora a morte sua ed a quella dell' avo; si è rimaritato ed ha avuto pure da questo secondo matrimonio due altri figli che gli sono similmente sopravvissuti, e che vivono ancora nel giorno in cui si fa luogo all' istituzione contrattuale: questi ultimi, non ostante l' istituzione universale, debbono avere per essi due il quarto de' beni del loro avo, cioè la metà della porzione che sarebbe appartenuta al loro padre a titolo di riserva se gli fosse sopravvissuto; imperocchè essi lo rappresentano nell' eredità dell' avo, e non avrebbe il lor padre raccolto tutti i beni di costui per effetto dell' istituzione, ma ne avrebbe raccolto soltanto la metà a questo titolo: l' altra metà gli sarebbe stata deferita dalla legge, a titolo di riserva. Ma circa alla prima metà, egli è, per riguardo ai figli del secondo matrimonio, come fosse stata donata ad un estraneo.

La distribuzione dell' eredità dell' avo si farebbe sempre secondo la stessa regola nel caso in cui avesse lasciato altri figli; mentre si tratterebbe sol-

tanto di calcolar la riserva in ragione del loro numero.

684. Se il donatario premorto lasci figli del matrimonio, e nipoti di un figlio morto prima o dopo di lui, costoro hanno insieme avuto nell' istituzione la parte che avrebbe avuto il lor padre, nel caso in cui fosse vissuto a morte del donante: essi lo rappresentano, anche qualora la donazione fosse stata fatta da persona diversa da un ascendente.

685. E se tutti i figli del matrimonio fossero morti prima del lor padre donatario, ed avendo lasciato figli, l' istituzione non sarebbe caduca perciò, come lo è la sostituzione in simil caso, secondo il modo con cui s' interpetra, e con cui abbiamo noi pure interpetrato l' art. 1051 c. c. = *1007 ll. cc* (1); imperocchè l' art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.* vuole al contrario, ed indistintamente, che in caso di premorienza del donatario, essa giovi non solo ai figli nascituri dal matrimonio, ma anche ai loro discendenti: la sola premorienza del donatario e della sua discendenza è quella la quale, secondo l' art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.*, rende caduca l' istituzione.

686. E siccome i nipoti concorrono all' istituzione *rappresentando* i loro padri o madri premorti, la divisione deve farsi per istirpi e non per capi, lo che è importante nel caso in cui uno de'

(1) *V.* sopra, n.° 548.

figli del primo grado avesse lasciato un maggior numero di figli viventi al giorno della morte del donante, di quel che ne avessero lasciato gli altri figli.

Questo dritto di rappresentazione fu sempre riconosciuto dagli autori che scrissero sulla materia (1): non ostante ammettevasi la regola, confessata generalmente, che l'istituzione contrattuale racchiude una tacita sostituzione volgare, e l'antica dottrina di non aver luogo la rappresentazione in materia di donazioni e disposizioni testamentarie, la qual ragione l'avea fatto escludere dalle sostituzioni. Secondo Lebrun (2), era ammessa anche nelle consuetudini (3) che non riconoscevano alcuna rappresentazione, ed in fatti si presume che l'istituente abbia voluto che i discendenti del matrimonio profittino della disposizione, in caso di premorienza del padre o della madre loro. Egli volle che tutta la discendenza del donatario gli succedesse nel medesimo ordine che quello nel quale gli succederebbe se fosse la propria discendenza, e quindi nella specie coi dritti risultanti da una divisione fatta per istirpi, e non per capi.

Ogni cosa induce a credere che l'art. 1082 e.

(1) Auroux des Pommiers, sull'art. 219 *della consuetudine del Borbonese*, n.i 49, 50 e 51. Lebrun *delle successioni*, libro III. cap. 2, n.° 56. Grenier, *delle donazioni e de' testamenti*, n.° 419.

(2) *Loco citato.*

(3) Come quelle del Bullenese, art. 76; di Ponthieu, art. 8; di Artois, art. 93; della Contea di Hainaut (cap. 90, art. 5), in cui il dritto di primogenitura passava dal primogenito premorto al secondo figlio, in danno de' figli del primogenito.

c. = *1038 ll. cc.* sia stato conceputo nello spirito delle regole ammesse anticamente su questo punto. E non si opponga che non avendo il donatario e suoi figli conseguito il dritto, essendo premorti al donante, nulla potettero trasmettere a tale riguardo ai loro proprii figli; imperocchè si rappresenta benissimo chi non ha raccolto (art. 744 c. c. = *666 ll. cc.*): desso pure è quello che si rappresenta più particolarmente nel senso della legge, poichè non si rappresentano le persone viventi nel giorno in cui si apre la successione, ma soltanto quelle che son morte naturalmente o civilmente a quest'epoca; medesimo art. e 784 c. c. = *701 ll. cc.*

687. Se un figlio nato dal matrimonio sia morto prima del donante senza lasciar discendenti, abbenchè dopo la morte di suo padre donatario, è come se non fosse mai esistito circa all'istituzione, giacchè essa è fatta a favore de' figli e discendenti nasciturì dal matrimonio collettivamente, nel caso in cui il donatario premorisse al donante, e che esisteranno nel giorno della morte di quest' ultimo. Gli eredi del figlio premorto non vi potrebbero pretendere cosa alcuna. E neanche propriamente parlando per effetto di un mero dritto di accrescere gli altri figli viventi raccolgono il dritto per sè soli, ma per la natura stessa dell'attribuzione o della devoluzione, come in materia di eredità *ab intestato*, in cui non si prende cura di quelli che sien morti prima del defunto. Se il

figlio fosse sopravvissuto al donante, e rinunziasse alla donazione, allora gli altri prenderebbero la sua parte per dritto di accrescere; art. 786 c. c. = 703 *ll. cc.*

688. Siccome il donatario ha dritto ai beni sol quante volte sopravviva al donante, ne segue che non può in vita di costui disporne in danno de' figli o discendenti del matrimonio, o di tale o tal altro fra essi. Talmentechè se facesse a vantaggio di uno di loro una istituzione contrattuale o una disposizione testamentaria che riducesse gli altri alla loro semplice riserva, e morisse prima dell'istituente, costoro non raccoglierebbero meno il beneficio della prima istituzione in parti eguali, mediante una divisione eseguita per capi o per istirpi, secondo i diversi casi e senz'avere riguardo alle disposizioni fatte dal lor padre donatario.

689. Ed avverrebbe così quando anche avesse agito col consenso dell'istituente, (1) ed all'epoca delle istituzioni il tal figlio non esisteva per anco, ma si è trovato esistere nel giorno della morte del detto istituente.

690. Quest'ultimo, anche dopo la morte del donatario, nettampoco potrebbe scegliere un figlio del matrimonio per conseguire i beni, o conseguirli in una porzione maggiore di quelle degli altri figli; ancorchè si tratti di una istituzione fatta sotto l'impero delle antiche leggi. Sarebbe ciò un

(1) Art. 12, tit. I dell'ordinanza del 1747.

violar la regola dell' irrevocabilità de' suoi effetti (1).

691. Ma anticamente nelle consuetudini della Marca, del Borbonese e dell' Auvergne, il donante riserbavasi spesso la facoltà di distribuire inegualmente i beni tra i figli, nel caso in cui il donatario a lui premorisse, di attribuirli pure ad uno di essi per intero: questa clausola era giudicata valida, anche nei casi in cui la donazione era fatta da altri che un ascendente: veniva ammessa come condizione dell' istituzione (2).

Grenier (3) dice nondimeno in forma di dubbio, che una tale riserva non sembra in armonia colle regole del Codice; che l' art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.* confrontato cogli art. 1048 e 1049 c. c. = *1003 e 1004 ll. cc.*, pare concepito in uno spirito del tutto opposto, in quanto che dichiara la donazione di cui trattasi presunta fatta a favore de' figli e discendenti nascituri dal matrimonio, in caso di premorienza del donatario, e che il Codice ha autorizzate le sostituzioni, nel caso pure in cui le ha ammesse, solo in favore di tutti i figli indistintamente; che le regole di uguaglianza le quali regnano nel Codice sono incompatibili con la clausola in quistione.

Questi ragionamenti non hanno forza in realtà,

(1) Fu così giudicato dalla Corte di Tolosa nel 3 giugno 1825; *Sirey*, 26, 2, 148.

(2) Chabrol, sulla consuetudine di Auvergne, tomo II, pag. 140.

(3) Tomo II, n.° 420.

e Grenier perde qui di mira che non trattasi di sostituzione fedecommessaria, ma unicamente di conoscere se l' istituente poteva fare la disposizione con la riserva che in caso di morte del donatario sopraggiunta prima della sua essa diverrebbe caduca, giacchè è chiaro che se potè stipulare simile riserva, potè stipulare con ciò pure che avrebbe facoltà di distribuire i beni compresi nell' istituzione come meglio gli piacesse, mentre chi può il più, può il meno: or certamente lo potè, e Grenier stesso non dice il contrario: lo direbbe altronde contra ogni ragione, attesochè quello il quale donando beni presenti, avrebbe potuto stipulare la riversione, in caso di premorienza del donatario, e lo scioglimento della donazione ne' suoi effetti anche riguardo ai terzi (art. 951 e 952 c. c.=*876 e 877 ll. cc.*), ben potè stipulare *a fortiori*, che i figli del matrimonio non godrebbero de' suoi beni futuri nel medesimo caso. Puossi sempre ritornare al dritto comune, ed essendo la presunzione dell' art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.* una eccezione alle regole, il Codice non vietò di allontanarsi da una derogazione alle sue regole generali (1).

692 Ma l' istituente non avrebbe potuto stipulare vigente il Codice, e non lo potrebbe anche adesso, non ostante la legge del 17 maggio 1826, che in caso di premorienza del donata-

(1) Delvincourt è dello stesso parere.

rio, i beni compresi nell' istituzione appartenessero esclusivamente al tale o tal figlio nato dal matrimonio, per esempio al primogenito, o che gli appartenessero per una parte maggiore di quella degli altri figli. Semplice ne è la ragione: non puossi disporre con atti tra vivi a favore d' individui non ancora conceputi che in due modi, o in due casi: per istituzione contrattuale e per sostituzione fedecommessaria. Or non si sarebbe in alcuno di questi casi con la clausola di cui trattasi: non si sarebbe in quello dell'istituzione contrattuale, poichè per natura sua allorchè il donatario premuoia al donante, essa giova a tutti i figli e discendenti nascituri dal matrimonio, mentrechè secondo la clausola, profitterebbe soltanto ad un dato fra essi; e non si sarebbe di vantaggio in quello della sostituzione, attesochè non avendo il donatario raccolto, non ha potuto cosa alcuna restituire.

Al contrario nel caso precedente, i figli esistono allorchè l' istituente fa la sua scelta o la distribuzione de' beni compresi nell' istituzione: adunque non dispone a favore d' individui non ancora conceputi, ma esercita soltanto una riserva apposta come condizione della disposizione.

693. L' istituzione contrattuale non può farsi che a favore degli sposi o di uno di essi, e de' figli e discendenti nascituri dal matrimonio, in caso di premorienza del donatario. Non puossi fare un erede irrevocabilmente per contratto se non in contemplazione del matrimonio, mentre la legge am-

mise questa sola eccezione. Riguardo ad ogni altro individuo, non può esservi disposizione irrevocabile se non quando sia de' beni presenti e non de' beni futuri, o dell' eredità in tutto o in parte.

694. Queste regole furono sempre riconosciute (1); ma per eludere l' ostacolo che offrono di potere un terzo profittare dell' istituzione contrattuale, si praticava anticamente un sutterfugio. Istituivasi il futuro sposo *con peso di associare*, cioè con peso di far partecipare una data persona, per esempio i suoi fratelli e sorelle, al beneficio della istituzione (2). Questa clausola, la quale era derivata dalla facoltà di fare sostituzioni di ogni specie, veniva riguardata come validissima (3). Tutto consiste in sapere se mai sia essa eliminata dalle regole del Codice.

Crediamo fermamente di sì, giacchè l' art. 943 c. c. = *867 ll. cc.* combinato coll' art. 1082 c. c. =

(1) *V.* Lebrun, *delle successioni*, lib. III, cap. 2, n°. 12.

(2) Lebrun, *ibid*; n°. 13, e Auroux des Pommiers, sugli art. 219 e 224 della consuetudine del Borbonese.

(3) Il dritto romano avevane somministrato, se non precisamente l' esempio, almeno il motivo, con una specie di analogia. *V.* la legge *cum ex filio*, ff. *de vulgari substit.* Bergier, annotatore di Ricard, così si esprime in una nota posta sotto il n°. 527, cap. VII. della prima parte *delle sostituzioni*: « Questa clausola « ha la sua esecuzione come disposizione subordinata, come *fedecom-* « *messo*. . . L' istituito, obbligato di obbidire alla volontà dell' i- « stituente, divien l' organo pel quale passa il beneficio destinato « alla terza persona gratificata in second' ordine: ritiene soltan- « to la porzione che gli è destinata, *e restituisce il rimanente* « *per fedecommesso*. Pochi istituenti, egli soggiunge, rivocano in dubbio che essi fanno una *sostituzione*, allorchè fanno simile istituzione, col peso di associare; nondimeno *non vi è cosa più evidente di questa.* » Noi neghiamo tale evidenza in parecchi casi.

1038 ll. cc., si oppone alla sua validità. Non si possono donare con atto tra vivi beni futuri, nè direttamente, nè indirettamente: vien ciò permesso, egli è vero, per contratto di matrimonío, ma soltanto agli sposi o ad uno di essi, ed ai figli e discendenti nascituri dal matrimonio. Niun altro può partecipare ad una istituzione contrattuale fatta con un contratto di matrimonio che non sia il proprio, nè quello del suo ascendente. Avvi in lui incapacità di ricevere per questa via. Laonde non riguardiamo noi nulla la clausola come contenente una sostituzione vietata, giacchè non ne conterrebbe se il peso fosse di restituire immediatamente, o anche prima della morte dell'istituente: sarebbe soltanto allora un semplice fedecommesso tutto al più (1). Ne è motivo che essa si applica a beni futuri, di cui niun altro che il futuro sposo e i figli e discendenti nascituri dal matrimonio possono essere donatarii. L' accettazione degli altri figli, anche nel contratto di matrimonío dell'istituito non renderebbe valida la clausola, giacchè essa rimarrebbe sempre colpita di nullità pe' sopraccennati motivi.

Tutti gli autori i quali scrissero sulla materia convenivano altronde ingenuamente che questa clausola era un sutterfugio immaginato per eludere la legge, la quale non permette di donar beni futuri ad un terzo. Ma un abuso non approvato

(1) Fra gli antichi autori alcuni vi scorgevano effettivamente un fedecommesso; altri soltanto una condizione, un peso dell'istituzione.

espressamente da una nuova legislazione, la quale stabilisce chiaramente massime contrarie, non potrebbe essere invocata imperando questa legislazione (1).

La Corte di Bourges, con sua decisione del 19 dicembre 1819 (2), profferita in una specie insorta vigente il Codice, ed in cui l' istituente non era un ascendente, giudicò che l' istituzione era valida sol per la parte dell' istituito principale, e che per quella de' fratelli e sorelle rimaneva nell' eredità *ab intestato* dell' istituente, come se non si fosse donata; in conseguenza che apparteneva agli eredi di quest' ultimo.

695. Quindi non si riguardò semplicemente la clausola come condizione illecita che si sarebbe dovuta riputare non iscritta, in virtù dell' art. 900 c. c.=*816 ll. cc.* Vi si scorse una mancanza di disposizione a favore de' fratelli e sorelle; e si vide nell' istituzione, benchè universale, la donazione fatta all' istituito per la sua parte soltanto.

Noi abbracciamo puranche questa risoluzione, essendo più uniforme all' intenzione dell' istituente, soprattutto quando la donazione sia stata fatta da

(1) Non ostante queste ragioni che sono d' incontrastabile giustezza, Merlin nel suo *Repertorio*, v. *Istituzione contrattuale*, §. 5. n°. 8, e di poi nel suo 16°. volume (supplemento), alla stessa parola, §. 5, n°. 9, persiste pure a sostenere che l' istituzione contrattuale con peso di società sia interamente valida, e che sia irrevocabile da parte dell' istituente, ec.; ma la sua opinione è presso a poco isolata, ed ogni cosa induce a credere che non farà autorità su questo punto.

(2) *Sirey*, 22, 2, 110.

un ascendente; imperocchè se la clausola fosse semplicemente riputata non iscritta, i fratelli e sorelle sarebbero ridotti a non avere che la loro riserva (di cui non si potè privarli), mentre che fu volontà del padre di famiglia di attribuire ad essi dritti uguali a quelli del lor fratello istituito. In realtà non volle dar altro a quest' ultimo che la di lui parte, e ad oggetto di assicurargliela irrevocabilmente, e nel tempo stesso per non ispogliarsi attualmente, scelse il modo dell' istituzione contrattuale, anzichè un altro (1). Ciò risponde al ragionamento che se il peso di associare non fosse stato inserito nell'atto, l' istituito avrebbe avuta tutta l' eredità, poichè l' istituzione era universale, e tostochè si dichiara nullo questo peso, il donatario deve avere la totalità, salvo le riserve, se mai se ne debbano somministrare. No; il disponente non volle donargli il totale.

696. Del resto le clausole di società contenute in contratti antichi, formati nei paesi in cui esse erano generalmente ammesse dall'uso, debbono ricevere la loro esecuzione anche vigente il Codice.

---

(1) Delvincourt è nondimeno di parere contrario al nostro su quest' ultimo punto. Egli opina ancora al par di noi che la clausola di società sia nulla per le parti de' fratelli e sorelle, ma dice che il beneficio della nullità profitta all' istituito principale, giacchè il peso di associare può essere assimilato ad una condizione contraria alla legge, che si reputa non iscritta, giusta l' art. 900 c. c. = *816. ll. cc.*; ed in sostegno del suo parere cita Bergier, annotatore di Ricard, il quale lo dichiara puranche nella sua nota posta sotto il n°. 325 del trattato *delle sostituzioni dirette e fedecommessarie*, prima parte.

Gli usi e le consuetudini coll' andar del tempo acquistano forza di legge: è questo il *jus non scriptum*, e la nuova legge, la quale non ha effetto retroattivo (art. 2 c. c. = 2 *ll. cc.*) non lede in alcun modo i dritti acquistati. In somma la quistione deve giudicarsi come sarebbe stata giudicata nel tempo e nel luogo in cui stipulossi il contratto di matrimonio.

697. Che anzi se si trattasse di una donazione di beni presenti fatta vigente il Codice, con clausola di associarvi persone esistenti o concepite al momento in cui la donazione siasi renduta perfetta con l' accettazione, anche una donazione di tutti o parte de' beni, la clausola sarebbe valida senza dubbio se non racchiudesse una sostituzione proibita; e non ne racchiuderebbe se non fosse di associare soltanto a morte del donatario, giacchè sarebbe allora tutto al più un semplice fedecommesso, e non una sostituzione fedecommessaria, secondo ciò che fu dimostrato nel tomo precedente, n°. 77 a 87.

Questa risoluzione vien confermata dalla decisione della Corte di Riom, del 16 luglio 1818 (1), la quale giudicò valida una clausola di società inserita in una donazione universale di beni presenti, fatta con ordinario atto tra vivi (2), e nella

(1) *Sirey*, 1819, 2, 285.

(2) Ma la circostanza che lo fosse stato in un contratto di matrimonio sarebbe stata indifferente, poichè sol trattasi di beni presenti.

quale pretendevasi di scorgere una sostituzione vietata dal Codice.

Nella specie, un padre aveva donato tutt' i beni suoi, mobili ed immobili, al figlio primogenito, col peso di associare alla donazione i di lui fratelli e sorelle, e posteriormente aveva venduti gl'immobili. Sulla dimanda per nullità della vendita, formata dai figli, l'acquirente oppose la nullità della donazione per vizio di sostituzione vietata. Ma questa pretensione fu rigettata, come doveva esserlo, attesochè la clausola di società non produceva pel donatario peso di conservare sua vita durante per restituire a morte sua ai fratelli e alle sorelle, le loro parti nella donazione; imperocchè essi avevano dritto di dimandargliela immediatamente, in virtù dell'art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* Era questa una condizione, un peso della donazione che venivagli fatta dal padre, e non altro: la loro dimanda sarebbe anche stata una bastante accettazione (1). Il peso poteva dunque tutto al più considerarsi come un fedecommesso; ma ogni fedecommesso non è una sostituzione fedecommessaria, e non ve n'era nella specie, giacchè i fratelli e sorelle, accettando immediatamente il beneficio della clausola di società, divenivano con ciò anche immediatamente proprietarii: il che, ripetiamolo, escludeva ogni peso di conservare e restituire, di conservare come proprietario per rende-

(1) *V.* tomo precedente, n°. 417, e le decisioni che vi son citate in sostegno di questa proposizione. *V.* pure *ibid.*, n°. 461 e 466

re altri a lor volta proprietarii, lo che forma il distintivo delle sostituzioni fedecommessarie. Adunque l'art. 896 c. c. = *941 ll. cc.* non era in alcun modo applicabile.

698. Come abbiamo avuto occasione di dirlo di passaggio (1), la clausola con cui un padre maritando uno de' suoi figli, gl' istituisce o promette d' istituirli tutti suoi eredi in porzioni uguali, o di lasciar loro la sua eredità in porzioni uguali, contiene una valida istituzione contrattuale solo pel figlio nel cui contratto di matrimonio si trova. Vero è che il padre più non può disporre a titolo gratuito in danno di questo figlio, il quale deve ottenere la sua parte creditaria intera, avuto riguardo al numero di figli lasciati in tempo della morte (2); ma può ancora disporre della disponibile ordinaria, meno la parte assicuratane al figlio maritato, mediante l' istituzione contrattuale fatta a suo favore.

Per esempio, un padre che ha tre figli gli ha istituiti o promesso d' istituirli tutti in uguali porzioni, col contratto di matrimonio di uno di essi: egli lascia 60,000 franchi di beni, dedotti tutti i debiti. Essendo la sua disponibile di un quarto o

(1) Sopra, n.° 655 e 656.

(2) Nondimeno se la donazione non sia fatta per anteparte ed il donatario accetti l'eredità, è sottoposto alla legge della collazione, come ogni altro donatario (art. 843 c. c. = *763 ll. cc.*): in conseguenza, a motivo delle donazioni che il padre avesse fatto, e che diminuissero così la sua massa *ab intestato*, più non prendendo il figlio che la parte sua in questa massa così diminuita, non si troverebbe di avere in sostanza una parte ereditaria intera, indipendentemente da ogni altra donazione.

di 15,000 fr., nella specie, il terzo di questa somma fu assicurata al figlio instituito regolarmente; talmentechè costui deve avere 20,000 fr., compresavi la sua parte nella riserva, che è di 45,000. Ma il padre non potè meno disporre a favore di chi meglio gli piacque de' rimanenti 10,000 fr. della sua disponibile; e se lo fece, questi 10,000 fr. si prenderanno sugli altri 40,000 che sarebbero appartenuti ai due altri figli se tali 10,000 non fossero stati donati.

E potettero esserlo, anche all' istituito, non ostante la clausola d' uguaglianza, giacchè essa non vincolava il padre per ciò che riguardava gli altri figli.

699. Si presentò alla Corte di Douai, e poscia a quella di cassazione, una specie assai delicata, insorta vigenti le leggi antiche; ma questa circostanza è indifferente, come tra poco si vedrà. Un contratto di matrimonio del 1789 presentava la seguente clausola: « I genitori dichiarano d' istituire il detto futuro sposo o i suoi figli per dritto « di rappresentazione, loro erede nei mobili ed « immobili, per avere una *parte uguale* nella loro « eredità, dopo la morte del superstite de' detti « genitori, *in confronto degli altri loro figli.* »

La Corte di Douai, assimilando le istituzioni contrattuali alle istituzioni testamentarie, salvo l' irrevocabilità delle prime, avea giudicato, essendo tutti gli altri figli premorti agl' istituenti, che la suddetta comprendeva tutti i beni a favore dell' i-

stituito, ed in conseguenza aveva annullato tutte le disposizioni testamentarie fatte dall' istituente.

Ma siccome non avea giudicato in tal modo per semplice interpetrazione della clausola e della intenzione de' disponenti, la Corte suprema cassò la sua decisione, con arresto del 15 dicembre 1818 (1), attesochè il figlio che si maritava era stato istituito sol *per una parte uguale a quella degli altri figli* (2), e gl' istituenti non avevano rinunciato al dritto di disporre a titolo gratuito, della porzione determinata dalla legge.

Ed in fatti questa clausola non presentava un' istituzione universale a vantaggio del figlio maritato, in caso di premorienza de' suoi fratelli e sorelle. Nell' idea de' costituenti ciò era soltanto un aver assicurato a questo figlio che i suoi fratelli o sorelle non avrebbero nella disponibile una parte in di lui danno: e ben si comprende l' utilità di simil clausola, la quale è anche frequente ne' contratti matrimoniali de' secondogeniti, e soprattutto in quello delle figlie quando vi sieno figli: l' altra famiglia teme un vantaggio a favore di quest' ultimi, e vuol prevenirlo con simile clausola; ma non pensa a stipulare con ciò una istituzione universale in vantaggio della futura sposa, nel caso in cui tutti i di lei fratelli e sorelle premorissero ai genitori.

—

(1) *Sirey*, 19, 1, 19.

(2) Ciò appunto abbiam detto più sopra per riguardo alla clausola di società.

Nettampoco potevasi pretendere nella specie che gli altri figli fossero stati similmente istituiti ciascuno per la parte loro, in virtù di queste parole, ***in confronto degli altri loro figli***, e che essendo premorti all' istituente, la loro porzione erasi accrescinta a quella del figlio maritato. Imperocchè, primieramente tali espressioni non producevano alcuna istituzione a vantaggio di essi, mentre il loro effetto si riferiva unicamente all' istituzione fatta a beneficio del futuro sposo, e per regolarne l' estensione. In secondo luogo, quando anche fosse stata fatta a lor favore una espressa istituzione, sarebbe stata nulla, giusta quanto si è detto più sopra: non avrebbe potuto aver vigore, anche nel tempo in cui erasi formato il contratto se non usando il mezzo indiretto ed abusivo della clausola di società. Ciò posto, non eravi alcun possibile dritto di accrescere riguardo alle parti de' fratelli e sorelle, poichè i genitori si trovavano di non averne disposto. In somma, non avendo avuto gli altri figli una parte maggiore di quella dell' istituito, poichè anche non ne ebbero punto, la clausola ricevè esecuzione secondo il suo vero spirito; e potè e dovè la Corte suprema darle questa interpetrazione, abbenchè essa non interpetri gli atti avuto riguardo alla intenzione delle parti, essendo questo l' ufficio de' tribunali e delle Corti di appello; ma perchè ne determina la natura e le vere caratteristiche secondo le regole stabilite dalla legge, allorchè si trasgrediscono queste regole.

700. L' istituzione contrattuale si apre con la morte naturale o civile dell' istituente, poichè non è altro che l'attribuzione o la donazione dell' eredità in tutto o in parte, e all' eredità, sia legittima sia testamentaria, si fa luogo per la morte civile; art. 25 e 718 c. c. = *638 ll. cc.*

Quindi essa non divien caduca, come il testamento, per la morte civile dell' istituente: l'art. 25 non è applicabile a questo caso, attesochè essa non è un testamento, un atto rivocabile, ma un contratto, i cui effetti, come vengono determinati dalla legge, sono permanenti ed irrevocabili, e che per questa ragione l' autore dell' atto non poteva annullare col proprio fatto (1).

701. Ma se il donatario si trovi colpito da morte civile al momento che trapassa il donante, e non vi sieno figli o discendenti del matrimonio, la donazione è caduca; imperocchè, sebbene fosse irrevocabile, non doveva tuttavolta farvisi luogo a suo favore che a morte del disponente; e per conseguenza doveva egli esser capace di raccogliere a quest' epoca; a differenza di una donazione tra vivi di beni presenti, pagabile anche dopo la morte del donante, attesochè allora il dritto, acquistato col solo fatto dell' accettazione, divien trasmissibile a qualsivoglia erede del donatario.

Se l' istituito sia incorso nella morte civile dopo la donazione, ma abbia riacquistato la vita civile

(1) Tanto noi già dicemmo nel tomo I, n.° 249. *V.* pure tomo VI, n.° 49, nota 1.ª, pagina 61.

al momento della morte del donante, raccoglie il beneficio dell' istituzione, giacchè l' incapacità intermedia non vien calcolata: *media tempora non nócent* (1). Non avvi luogo a dire che i figli del matrimonio, nel caso in cui ve ne fossero, hanno preso il luogo suo, e che giusta l' art. 30 c. c. = *33 ll. cc.*, non potendo il condannato riacquistar la vita vivile che per l' avvenire, senza pregiudizio per gli effetti che la morte civile ha prodotto nell' intervallo decorso dalla scadenza de' cinque anni sino al giorno della sua comparsa in giudizio, il suo dritto all' istituzione contrattuale è passato da lui in persona loro, giacchè precisamente egli non aveva ancora alcun dritto definitivamente acquistato, vie meno di essi: soltanto era chiamato, e prima di loro, a raccogliere i beni nel giorno della morte del donante, purchè fosse allora capace di raccoglierli: or egli ha questa capacità.

Ma se trovisi ancora colpito da morte civile al momento in cui trapassa il donante, allora è indubitato che i suoi figli e discendenti, nati dal matrimonio, lo surrogano nell' istituzione, come se fosse morto naturalmente; art. 744 c. c. = *666 ll. cc.*

702. Ed avvien lo stesso se mai sia indegno di conseguire il beneficio della disposizione, o se vi

---

(1) L. 1.ª, §. 8, *de bonor. possès. secundum tabul.* V. tomo precedente, n.º 230 e seguenti, in cui dichiariamo anche che il legato fatto ad un individuo colpito da morte civile all' epoca del testamento è valido, se il legatario si trovi capace di raccogliere a morte del testatore.

rinunzii: essa ha effetto nel loro interesse; sono tacitamente sostituiti volgarmente al loro padre pel caso in cui il medesimo non consegnisse il dritto, qualunque ne sia la causa. Il donante gli ha abbracciati nella sua liberalità come il padre; soltanto preferì costui; ma tostochè questa preferenza aver non può alcun risultamento, allora i figli consegnono la disposizione in virtù di un dritto che ad essi è proprio, e che non ripetono in alcun modo dal loro padre, ma dall' istituente soltanto. L'art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.* non intese limitare il dritto de' figli al solo caso della premorienza del donatario per riguardo al donante, ma volle soltanto chiamarli in *mancanza* del loro padre. L'art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* conferma pure questa risoluzione.

703. Vediamo ora quali sieno gli effetti della istituzione contrattuale.

Giusta l' art. 1083 c. c. = *1039 ll. cc.*, « la « donazione nella forma prescritta nel precedente « articolo sarà irrevocabile, in questo senso sol- « tanto che il donante non potrà più disporre a « titolo gratuito delle cose comprese nella dona- « zione, eccettochè per piccole somme a titolo di « ricompensa, o altrimenti. »

704. Circa a queste donazioni, in caso di controversia si prenderebbe in considerazione la fortuna del disponente, l' importanza de' servizii renduti, la qualità del donatario o legatario, ed i tribunal ridurrebbero le liberalità se, dopo queste diverse

circostanze, sembrassero loro eccessive e ledere la disposizione.

705. E siccome il donante non può fare un erede in pregiudizio dell'istituzione, secondo ciò che dichiarava l'art. 51, tit. XIV della consuetudine di Anvergne, e secondo pure ciocchè insegnarono tutti gli autori i quali scrissero sulla materia, ne segue che non può in alcun modo disporre a titolo universale in vantaggio di chicchesia. La Corte di cassazione giudicò così (1) nel caso di una donazione del quarto de' beni fatta dall' istituente a favore del suo coniuge, riformando una decisione della Corte di Amiens che avea dichiarata valida questa donazione contra lo spirito ed il tenore dell' art. 12, tit. 1.° dell' ordinanza del 1747, sotto il cui impero erasi fatta l'istituzione contrattuale, e le cui disposizioni a tal riguardo furono riprodotte nell'art. 1082 e 1083 c. c. = *1038 e 1039 ll. cc.* L' art. 909 c. c. = *825 ll. cc.* somministra pure un argomento per escludere le donazioni a titolo universale.

Si comprende del resto che la donazione, anche a titolo universale, fatta a favore di un erede avente dritto ad una riserva, e non eccedente la quota di cui la medesima si compone, sarebbe valida; e se eccedesse tal quota, sarebbe riducibile. Ma fuori di questo caso, il donante non può disporre che a titolo particolare.

(1) Arresto del 23 febbraio 1818; *Sirey*, 18, 1, 200.

706. Ed anche per le donazioni d' immobili fatte a questo titolo, i donatarii posteriori all' istituzione contrattuale non potrebbero opporre la mancanza di trascrizione: essa non era prescritta in tal caso, e neanche poteva aver luogo, poichè l' istituente era ancora proprietario (1).

707 Gli eredi no 'l potrebbero di vantaggio, nè prevalersi della mancanza di stato estimativo de' mobili compresi nell' istituzione, il quale non è prescritto in questa specie di donazioni (2).

708. Può il donante vendere, permutare, transigere, e fare ogni altro atto a titolo oneroso ed in buona fede: egli ha conservato la proprietà de' suoi beni; soltanto si ha interdetto di disporne a titolo gratuito, per donazione tra vivi o per testamento, eccetto per somme modiche, a titolo di ricompensa o altrimenti.

Quindi potè costituirsi una servitù in buona fede sui beni soggetti all' istituzione contrattuale (3).

709. Ma se sotto la forma di un contratto a titolo oneroso, per esempio di una vendita, il donante celi una donazione fatta a danno dell' istituzione, l' istituito può essere ammesso a provare la simulazione e far annullare l' atto, col peso di rimborsare al preteso acquirente ciocchè costui provasse da sua parte di aver effettivamente pagato al

(1) *V.* tomo precedente, n.° 506.

(2) *V. ibid.*, n.° 411.

(3) Arresto di rigetto del 20 dicembre 1815 (*Sirey*, 26, 1, 79), che confermò una decisione della Corte di Riom.

preteso venditore. Circa alle spese del contratto, esse rimarrebbero a carico di quest'ultimo, come spese inutili da lui fatte.

710. Si annullerebbero puranche le altre liberalità indirette, come le ricognizioni di pretesi debiti: l'istituito dovrebbe essere facilmente ammesso eziandio a provare la simulazione; potrebbe anche essere ammesso a fare questa pruova mediante testimoni, specialmente quando vi fosse un principio di pruova per iscritto.

711. La vendita o cessione mediante una rendita vitalizia offre maggiori dubbii. Da una parte, cessando con la morte del donante, non lascia cosa alcuna al donatario rispetto ai beni alienati a tal titolo; e sotto questo rapporto è o può essere un mezzo facile di alterare gli effetti dell' istituzione, soprattutto allorchè la quantità della rendita non sia in proporzione col valore de' beni alienati, presa in considerazione l' età del donante e tutte le particolari circostanze che accompagnarono il contratto.

Da un' altra parte, la vendita mediante costituzione di una rendita vitalizia non è un titolo gratuito, e la legge vietava soltanto al donatario di disporre a tal titolo in danno dell' istituzione. Gli eventi di durata della rendita possono anche farne un contratto effettivamente svantaggioso pel compratore, come si è visto frequentemente. Sarebbe altronde difficile, per non dir altro, lo impedire al donante di pervenire al medesimo scopo per vie indirette, alienando i suoi beni, e consegnandone

il prezzo di mano a mano a chi egli volesse vantaggiare a danno dell' istituzione, ovvero dandogli il capitale mediante una costituzione di rendita vitalizia, ad un valore ragionevole in apparenza, e di cui gli consegnasse successivamente le annualità arretrate rilasciandogliene quietanza, come se ne avesse ricevuto l' importare: in guisa che è vero il dire che la sorte dell' istituzione nel fatto dipende molto dalla buona fede dell' istituente; ma la buona fede è sempre presunta; art. 1116 e 2268 c. c. = *1070 e 2174 ll. cc.*

La Corte di Riom, confermando una sentenza del tribunale civile di Moulins, giudicò (1) che la vendita anche di tutti gl' immobili che possedeva l' istituente, mediante una rendita vitalizia, era nei dritti di quest' ultimo.

712. Essa giudicò puranche con la medesima decisione che la convenzione fatta dall' istituente coll' istituito in un atto posteriore al contratto di matrimonio, mediante il quale rinunziava al dritto di disporre de' suoi immobili anche a titolo oneroso, era nulla e di nessun effetto come stipulazione sopra eredità futura, e vietata a tal titolo dall' art. 1130 c. c. = *1084 ll. cc.*

713. Quest' ultima decisione non può essere soggetta ad alcuna censura, e la rinunzia fatta anche nel contratto di matrimonio al dritto di disporre degl' immobili a titolo oneroso, dovrebbe essere si-

(1) Con decisione del 4 dicembre 1810; *Sirey*, 13, 2, 318.

milmente riguardata come nulla e di nessun effetto; dessa sarebbe puranche una stipulazione sopra futura successione fatta fuori de' limiti stabiliti dalla legge. Gli art. 1082 e 1083 c. c. = *1038 e 1039 ll. cc.* sono derogazioni al dritto comune, in quanto che autorizzano la convenzione sopra eredità futura coll' interdizione che s' impone il donante di disporre a titolo gratuito de' beni compresi nella istituzione, e coll' attribuzione, per atto tra vivi, del dritto ereditario a vantaggio anche di colui al quale questo dritto fosse stato o avrebbe potuto essere estraneo. Ma la legge non autorizza altra cosa: essa regola gli effetti di questa disposizione, e fuori di ciò il dritto comune prende tutto il suo potere. Se il donante voglia puranche interdirsi la facoltà di alienare i suoi beni, allora fa d' uopo che li doni come beni presenti, indicandoli o donandoli a titolo universale, e che se ne riservi l' usufrutto. Ma se non li dona che come beni futuri; come beni che lascerà nel giorno di sua morte, la summenzionata rinunzia è assolutamente nulla.

714. Circa alla decisione concernente l' alienazione de' beni mediante una rendita vitalizia, l' adottiamo pienamente per massima; ma se la frode fosse manifesta, se le circostanze nelle quali fosse intervenuto il contratto dimostrassero chiaramente che non sia stato immaginato se non come un mezzo indiretto per rendere illusoria l' istituzione contrattuale, e l' acquirente fosse stato complice della

mala fede del donante, i tribunali, i quali reprimono sempre il dolo da per ogni dove lo scorgono, dovrebbero ugualmente reprimerlo in questo caso.

Nella causa giudicata dalla Corte di Riom, non si allegò frode commessa dai terzi acquirenti.

715. Del resto allorchè chi abbia fatto una istituzione contrattuale sotto una certa riserva, ha fatto di poi donazione di beni soltanto equivalenti alla riserva, ed ha venduto in appresso gli altri suoi beni, in modo che l' istituzione sia divenuta sterile, non puossi dire che il danno arrecato all' istituzione si trovi nella donazione, poichè il donante non dispose a titolo gratuito, come si suppone, che del valore di cui si avea riserbato la facoltà di disporre a tal titolo (1).

E bisognerebbe ancor dire la medesima cosa, abbenchè la donazione di cui si tratti non fosse stata fatta che dopo le vendite.

716. E se in una istituzione contrattuale il donante si avesse riservata la facoltà di disporre di una data somma, può disporre di una somma maggiore se l' istituito vi acconsenta, senza che i creditori di quest' ultimo, posteriori al consenso da lui prestato, possano impugnare questa disposizione come fatta in danno de' loro dritti (2).

---

(1) Arresto di cassazione del 7 giugno 1808 (*Sirey*, 8, 1, 364) riformante una decisione della Corte di Amiens.

(2) Arresto di cassazione di una decisione della Corte di Riom in data degli 8 novembre 1815; *Sirey*, 1816, 1, 137..

717. La validità di una istituzione contrattuale si regola con la legge in vigore all'epoca del contratto. Quindi è nulla l'istituzione fatta sotto la legge del 17 nevoso anno II, sebbene il donante fosse morto vigente il Codice civile (1).

L'istituzione neanche vale nella proporzione della disponibile ordinaria (2).

718. L'istituito contrattualmente è tenuto personalmente de' debiti e pesi della successione, avuto riguardo alla quota a lui donata, ovvero, se trattisi d'immobili o di beni mobili, o pure di una quota degli uni e degli altri, nella proporzione del valore de' beni compresi nella istituzione, paragonati al rimanente della eredità; ed è tenuto ipotecariamente per lo intero, salvo il suo regresso come di dritto; art. 1085, 1009, 1012 e 871 c. c. = *1041*, *935*, *966* e *792* *ll. cc.* per argomento.

È necessario a tal riguardo riportarsi a quanto fu da noi detto sulla contribuzione ai debiti per parte degli eredi e de' legatarii a titolo universale (3).

719. Se l'istituzione sia dell'universalità de' beni, e non vi sieno eredi cui spetti la riserva, o l'istituito sia il solo cui fosse dovuta la riserva, egli è impossessato di pieno dritto per effetto della mor-

(1) Decisione della Corte di Limoges del 26 giugno 1822; *Sirey*, 22, 2, 6.

(2) Della Corte di Pau, de' 28 agosto 1824; *Sirey*, 25, 2, 582.

(3) Tomo VII, sez. 4, §. 1, e di sopra, 201, 202, 212 e seguenti.

te del defunto, per argomento dell' art. 1006 c. c. = *932 ll. cc.*

Negli altri casi deve dimandare il rilascio agli eredi nell' ordine indicato sotto il titolo delle successioni; art. 1004 e 1011 c. c. = *930 e 965 ll. cc.* anche per argomento.

720. Circa a frutti, quanto noi dicemmo su tale oggetto parlando del legatario universale e del legatario a titolo universale (1) è applicabile all' istituito per contratto di matrimonio.

721. Ed allorchè viene impossessato, se s' immischia nei beni senza far precedentemente in cancelleria la dichiarazione che intende accettare l' eredità col beneficio dell' inventario, è tenuto ai debiti e pesi ***etiam ultra vires***; nel caso contrario non è tenuto che sino alla concorrenza del valore de' beni da lui raccolti, purchè non gli abbia confusi coi proprii senza un inventario o stato atto a comprovarne la consistenza ed il valore (2).

722. L' istituzione contrattuale divien caduca se il donante sopravviva al coniuge donatario ed alla sua discendenza ***nata dal matrimonio.***

Aggiungiamo queste parole, *nata dal matrimonio*, al testo dell'art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* perchè ci sembra evidente che vi sieno sottintese.

In fatti questo articolo si riferisce all' art. 1082 c. c.=*1038 ll. cc.*: « Le donazioni, esso dice, fat-

---

(1) *V.* di sopra, nⁱ. 192 e 211.

(2) Come le dicemmo parecchie volte, tomo VII, nⁱ. 14 e 453; e di sopra nᵒ. 201, 212 e seguenti.

« te ad un degli sposi, ai termini degli art. 1082, « 1084 e 1086 c. c. = *1038 e 1040 ll. cc.*, di- « verranno caduche, se il donante sopravvive allo « sposo donatario ed alla di lui discendenza.» Or, giusta il surriferito art. 1082, la donazione di beni futuri non può farsi che a favore de' coniugi o di uno d' essi, e, nel caso della loro premorienza, a favore de' figli e discendenti da nascere dal matrimonio: verun altro che essi può partecipare alla istituzione, anche in virtù di una positiva stipulazione contenuta nel contratto di matrimonio; è dessa la donazione irrevocabile dell' eredità, nè vien permessa che a favore del matrimonio. Fu sempre così intesa, ed appunto per eludere questo principio si prendeva una volta il ripiego della clausola di società, di cui abbiam parlato. Ciò posto, come mai i figli di un matrimonio anteriore o posteriore potrebbero profittare dell' istituzione? Come mai potrebbero profittarne per solo effetto della presunta volontà del donante, allorchè una positiva dichiarazione di quest' ultimo inserita nel contratto di matrimonio non avrebbe potuto chiamarveli anche sussidiariamente? Ciò ci è impossibile di concepire; la legge intesa in tal senso sarebbe in evidente contraddizione con sè stessa, supporrebbe di essersi fatto tacitamente dal donante quel che essa gli vietava di fare espressamente; e tale supposizione è assurda all' ultimo segno.

Si suppongano in fatti figli di un primo matrimonio. Ma essi sono incapaci di raccogliere i

beni futuri del donante per un atto che non riunisce le forme del testamento; ed il donante non potè vincolarsi a loro riguardo irrevocabilmente.

Si suppongano figli nati da un matrimonio posteriore. Vi è lo stesso ostacolo, e di più si donerebbe per atto tra vivi, ed in modo irrevocabile a persone che non sono ancora concepute; e non puossi disporre a vantaggio di persone non ancora concepute se non a favore di quelle che nasceranno dal matrimonio.

Quindi sotto qualunque rapporto si risguardi la cosa, non vi è e non può esservi che la discendenza nata da matrimonio la quale previene ed impedisce la caducità dell'istituzione, perchè soltanto essa vi è che possa essere legalmente chiamata a profittarne, e soltanto essa vien dalla legge medesima chiamata, in mancanza del coniuge donatario. L'art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* si coordina coll'art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.* e si spiega con esso: la sua compilazione piuttosto incompiuta che inesatta, è completata dai chiarissimi termini dell'ultimo e dai principii generali del dritto: e forse appunto perchè i compilatori del Codice si riportarono coll'idea a quest'articolo ed a questi medesimi principii, non credettero utile a aggiungere alle parole *ed alla sua discendenza*, le altre che avrebbero prevenuto, non diciamo ogni dubbio, ma ogni argomentazione, *nata dal matrimonio*, giudicandole probabilmente superflue. Che ne sia, non potettero voler porre la legge in

contraddizione con sè medesima, chiamando all'istituzione contrattuale, e per effetto di una presunzione di tacita volontà, individui che il donante medesimo non vi avrebbe potuto chiamare con una espressa dichiarazione.

Se i figli di un altro matrimonio, anteriore o posteriore, si considerassero ancora tacitamente compresi nella disposizione, bisognerebbe dire, in linea di conseguenza, che possono ancora concorrere con quelli del matrimonio; imperocchè non avvi nella legge cosa alcuna che stabilisca semplicemente un ordine di preferenza; a creder nostro e secondo tutti i principii della materia, sono esclusi tutti coloro che non nacquero dal matrimonio a cui favore la donazione fu fatta, ma il ripetiamo, non avvi alcun ordine di semplice preferenza. Non si potrebbe rinvenire questa preferenza che nella presunta volontà del donante il quale avesse inteso donare da principio ai figli del matrimonio, ma precisamente ei non volle e non potè donare fuorchè ad essi, ed allora non è soltanto una preferenza in loro favore, ma di più una esclusione di chiunque altro.

Infine se bisognasse intendere la parola *discendenza* letteralmente, converrebbe dir pure che i figli naturali riconosciuti dal donatario impediscono similmente la caducità, e profittano della donazione, poichè essi fan parte puranche della sua *discendenza*; lo che sarebbe assurdo all'ultimo segno, e lo che non si è osato ancora sostenere. Ma

si dirà, per confutare l'obbiezione, i figli naturali non formano la discendenza che si ebbe in mira, la discendenza nata dal matrimonio: rispondiamo che ciò è vero, ma diciam puranche che il Codice non parla di discendenza *legittima*: certamente ha in mira questa discendenza, ma è quella del matrimonio a cui favore fu fatta la donazione, poichè non si occupa di alcun altro matrimonio, e ciò conferma ancora la nostra interpetrazione.

Ciò posto, non devesi distinguere (1) se l'istituzione contrattuale sia stata fatta da un ascendente o da un altro; non puossi dire che l'istituente ascendente volle abbracciare nella sua liberalità tutti i figli del suo figlio donatario, anche quelli nati da un altro matrimonio, giacchè non gli fu permesso viemeno che a chiunque altro istituente di donare a figli diversi da quelli da nascere dal matrimonio a cui favore faceva la disposizione: certamente non vi pensò, poichè quest'altri figli essendo ugualmente suoi eredi, non eravi necessità, neanche utilità per essi di comprenderli nella istituzione nel caso supposto, in cui non vi sieno discendenti dal matrimonio, stante che essi possono prendere i beni a titolo diverso da quello di donatarii. Ed è verisimile ancora che il donante volle comprenderli nella disposizione precisamente

(1) Come fece la Corte Riom con un considerando della sua decisione del 4 dicembre 1810, da noi citata, di sopra n°. 711, sotto altro rapporto.

per vincolarsi ancora a loro riguardo ed interdirsi la facoltà di disporre della sua disponibile. Si corre il rischio di formar chimere creando congetture arbritrarie, edificando un sistema a lato della teorica della legge, la quale è semplice e chiara.

723. L'istituzione contrattuale fatta ad una moglie ch' è sotto l' autorità del marito e non autorizzata da questo, o in sua mancanza dal magistrato, è mai valida? Convien forse distinguere a seconda della regola con la quale la moglie fosse maritata?

Grenier (1), dopo di aver insegnato che la donna maritata sotto la regola dotale può fare una istituzione contrattuale col consenso di suo marito, o, non volendolo costui dare, coll'autorizzazione del magistrato, quantunque i beni dotali non fossero stati dichiarati alienabili col contratto di matrimonio, e che può viemaggiormente, autorizzata in debito modo, farne una de' suoi beni parafernali, abbandonò di poi la sua opinione riguardante la necessità dell' autorizzazione maritale o giudiziale.

« Dopo di aver riflettuto, egli dice in una giunta
« apposta alla terza edizione della sua opera (n.°
« 431), sulla quistione se, per la validità di una
« istituzione contrattuale che facesse una moglie
« sotto potestà del marito, separata o pur no, deb-
« ba necessariamente, sotto pena di nullità, essere
« autorizzata dal marito, e qualora questi si neghi,

(1) Tomo I.°, n.° 431.

« dal magistrato, crediamo di doverci determinare per
« la negativa. Ciò risulta puranche dall' istituzione
« contrattuale. Non puossi indurre la necessità di
« questa forma dagli art. 217, 219, 905, 1555
« e 1556 c. c. = *206*, *208*, *821*, *1368* e *1369*
« *ll. cc.* Tutti questi articoli riguardano soltanto
« gli atti che inducessero alienazioni, o che fosse-
« ro costitutivi d' ipoteche. L' istituzione contrat-
« tuale è una donazione della eredità. Dessa
« in verità è irrevocabile; ma questa irrevocabi-
« lità non impedisce di vendere o d' ipotecare,
« purchè sia in buona fede, e non in frode del-
« l' istituzione; per cui non ispoglia: non puossi
« dunque paragonarla agli atti di cui si è parlato.
« Potrebbesi piuttosto applicarle la seconda parte
« dell' art. 905 c. c. = *821 ll. cc.*, in cui si di-
« ce che la moglie non avrà bisogno nè del con-
« senso del marito, nè dell' autorizzazione del ma-
« gistrato per disporre con testamento. Ma si com-
« prende che se l' usufrutto de' beni della moglie
« fosse già stato assicurato al marito, l' istituzione
« contrattuale non potrebbe privarnelo. »

Ciò non è dubbioso. Ma in appresso (1) Grenier rammentando quanto fu da lui detto nel n.° 431, che una donna maritata sotto la regola dotale ha potuto fare, coll' autorizzazione di suo marito (ed anche a parer suo di poi, senza autorizzazione), o con quella del magistrato, una do-

(1) N.° 436.

nazione de' beni che lasciasse a morte sua, dichiara indistintàmente « che non debb' essere lo « stesso per ciocchè concerne la donazione di beni « presenti e futuri, perchè una simile donazio- « ne colpisce i beni presenti, ed opera uno spo- « gliamento per questi beni; che una simile di- « sposizione non potrebbe aver luogo se non ne « casi determinati dagli art. 1555 e 1556 c. c. = « *1368 e 1369 ll. cc.* »

Grenier per essere conseguente nella sua dottrina avrebbe dovuto fare in quest' ultimo caso due distinzioni che non ha fatto.

Primieramente se lo stato de' debiti e pesi della donante esistenti al tempo della donazione non fosse stato unito all' atto, secondo lo stesso Grenier la donazione non varrebbe che come mera istituzione contrattuale, giusta l' art. 1085 c. c. = *1041 ll. cc.*, e per conseguenza non produrrebbe spogliamento. In questo caso, secondo Grenier, dovrebbe valere come istituzione contrattuale, anche quando fosse stata fatta dalla moglie non autorizzata; mentrechè dice indistintamente ch' è nulla, quantunque la moglie fosse stata autorizzata, perchè si tratta di beni dotali inalienabili. Or, secondo la dottrina di Grenier, precisamente non sono stati alienati in questo caso, del pari che non lo sarebbero stati altri beni formanti l' oggetto di una istituzione contrattuale fatta da una moglie non autorizzata.

In secondo luogo, anche nella ipotesi in cui lo

stato de' debiti e pesi fosse stato unito al contratto, la donazione, nella dottrina di Grenier, non dovrebbe esser nulla pei beni futuri, poichè riguardo a questi beni non produce spogliamento attuale; e non dovrebbe anche esser nulla, circa a questi medesimi beni, secondo l'opinione abbracciata in ultimo luogo da quel giureconsulto, ancorchè la moglie non fosse stata autorizzata.

Ma siffatte contraddizioni non sono il punto importante, e se noi le facciamo osservare, è perchè nell' opera di un grave autore possono indurre i giureconsulti ed i tribunali in pregiudizievoli errori.

In quanto a noi crediamo che la moglie abbia bisogno di essere regolarmente autorizzata in tutti i casi, anche per fare una mera istituzione contrattuale, sotto qualsivoglia regola sia maritata; altrimenti la donazione è nulla. Gli art. 217, 905 prima parte e 1124 c. c. = *206, 821 e 1078 ll. cc.* sono al contrario applicabili, e non la seconda parte del detto art. 905, perchè l' istituzione contrattuale non è un testamento. Essa ha altri effetti che il testamento: impedirebbe alla moglie di disporre a titolo gratuito, anche a vantaggio de' suoi figli o de' suoi genitori, de' beni compresi che vi si trovassero, e la moglie non potè validamente spogliarsi di tal dritto senza essere autorizzata. Il dritto di proprietà si compone della disposizione e del godimento. Or la disposizione è assai alterata allorchè non si possa più disporre a titolo gratuito, anche dotare i proprii figli coi beni

donati; mentrechè il testamento non altera nè il dritto di disposizione, nè quello di godimento. Quindi non puossi ammettere l'opinione di Grenier: l'art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.* qualifica *donazione* l'istituzione contrattuale, ed il nome *d' istituzione contrattuale* vien attribuito soltanto dalla dottrina a questa donazione dei beni che il donante lascerà a morte sua. Or l'art. 905 c. c. = *821 ll. cc.* vieta, senz' alcuna distinzione, alla donna maritata di donare senza il consenso di suo marito, o, qualora costui si neghi, senza l'autorizzazione del magistrato. Se l'abbia fatto, l'atto è dunque nullo. In somma la moglie aliena con ciò il dritto di disporre a titolo gratuito de' beni compresi nella istituzione, e l'art. 217 c. c. = *206 ll. cc.*, del pari che molti altri, le vietano di alienare senz' autorizzazione. Un coniuge può fare una donazione a vantaggio del suo coniuge durante il matrimonio, e questa donazione è sempre rivocabile dal donance, come lo sarebbe un testamento (art. 1096 c. c. = *1050 ll. cc.*); tuttavolta non è certo che un coniuge minore possa donare al suo coniuge per atto tra vivi; fu anche giudicato il contrario (1). Mentrechè gli a-

(1) *V.* tomo precedente, n.° 184.

Lo stesso Grenier approva un arresto della Corte suprema, di cui parliamo in appresso, il quale ammise che l'istituzione contrattuale fatta da un minore era nulla; e vi riconosce specialmente un *contratto*, e per questo motivo approva l'arresto, il quale giudicò che il dritto di domandare la nullità dell'istituzione non durava che dieci anni, a contare dalla età maggiore,

gola dall' art. 1554 c. c. = *1367 ll. cc.*, non osta in alcun modo a siffatta opinione; imperocchè interdirsi di disporre a titolo gratuito non è alienare nel senso della legge, la quale vieta l'alienazione de' beni dotali; al contrario è rientrare nelle mire del legislatore (1); e l' autorizzazione avuta dalla moglie nel far l' atto, lo rende inimpugnabile.

725. Il termine per impugnare una istituzione contrattuale fatta da un incapace, per esempio da un minore o da una donna maritata non autorizzata, è quello stabilito dall' art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.*, cioè di dieci anni; e questo termine non decorre soltanto dal dì della morte dell' istituente, ma dalla età maggiore, se sia un minore, e dallo scioglimento del matrimonio, se sia una donna maritata.

Un arresto della Corte di cassazione, sezione de' ricorsi, del 30 aprile 1814 (2), giudicò che una istituzione contrattuale fatta da un minore era nulla, ma che gli eredi dell' istituente erano inammessibili ad impugnarla tostochè erasi egli taciuto per dieci anni a contare dalla sua età maggiore. In verità l' istituzione contrattuale era stata fatta nel 1764, l' istituente era trapassato nel 1807, e l' art. 134 dell' ordinanza del 1539, di Villers-Coterets, richiedeva che il termine di dieci anni ac-

(1) Fu così giudicato in Corte di cassazione, nel 1.° dicembre 1824; *Sirey*, 25, 1, 135.

(2) Riferito da Merlin, tomo XVI del suo *Repertorio*, alla parola *istituzione contrattuale*, §. 4. n.° 2.

cordati ai minori per impugnar i loro atti, a contare dalla età maggiore, decorresse *tanto da convenuto che da attore*, e Merlin dice che non si sarebbe potuto giudicar lo stesso vigente il Codice civile, attesochè, a creder suo, l'art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.*, ben differente in ciò dall'art. 134 dell'ordinanza del 1539, non limita a dieci anni dopo la età maggiore che l'azione per nullità o per rescissione degli atti formati durante la età minore, e per conseguenza che non deroga più in pregiudizio de' già minori, alla regola generale *que temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, di cui Merlin sviluppa l'effetto, come l'intende nel XVII volume del suo *Repertorio* alla parola *prescrizione*, sezione II, §.25.

Ma ove Merlin ha rinvenuto nel Codice questa pretesa regola generale? Grenier (1) non ve l'ha scorto, al par di noi; egli crede al contrario che non avvi alcuna differenza tra la disposizione dell'art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.* e quella dell'art. 134 dell'ordinanza del 1539. Siamo noi perfettamente di tal parere, ma non è questo il momento da discutere tal punto importante; giacchè ci menerebbe troppo lontano: il faremo peraltro a suo luogo.

(1) Tomo II, n.° 451 *bis*.

SEZIONE III.

SOMMARIO.

Della donazione fatta cumulativamente de' beni presenti e futuri in tutto o in parte.

726. *Testo dell' art. 1084 c. c.*

727. *Testo dell' art. 1085 c. c.*

728. *Il Codice ha aggiunto una disposizione importante all' ordinanza del 1731, richiedendo lo stato de' debiti e pesi del donante di beni presenti e futuri, esistenti al tempo della donazione.*

729. *Non permette, come l' ordinanza, di fare la donazione di beni presenti e futuri direttamente a vantaggio de' figli del matrimonio.*

730. *La donazione di cose particolari o di somme, quantunque fatta con donazione di una quota de' beni futuri, è mera donazione tra vivi di beni presenti circa a dette cose o a dette somme: Conseguenze.*

731. *La donazione fatta cumulativamente di beni presenti e futuri, senza unirvi lo stato de' debiti e pesi del donante esistenti al tempo del contratto, non ha che gli effetti di una mera istituzione contrattuale.*

732. *Diversamente è di una donazione anche di parte de' beni presenti soltanto, quantunque fatta con contratto di matrimonio.*

733. *Nella donazione fatta cumulativamente de' beni presenti e futuri, lo stato de' mobili presenti non è richiesto sotto pena di nullità della donazione circa a questi mobili.*

734. *Il caso in cui la donazione de' beni presenti e futuri sia stato accompagnato dallo stato de' debiti e pesi del donante, presenta gravi dubbii per determinare gli effetti di simile donazione.*

735. *Diverse proposizioni a tal riguardo, specialmente circa alla quistione se il donatario sia immediatamente proprietario de' beni presenti; se il donante debba riserbarsene l' usufrutto per continuare a goderne; se la caducità dell'art. 1089 c. c. si applichi a questi beni come ai beni futuri, ec.*

736. *Discussione su questi punti, opinione degli autori antichi e moderni, e riassunto.*

737 *Trascrizione della donazione degl' immobili pe' beni presenti Rimessione al tomo precedente.*

★

726. Secondo l' art. 1084 c. c. = *1040 ll. cc.*, « la donazione per contratto di matrimonio può « farsi cumulativamente di beni presenti e futu-« ri, in tutto o in parte, coll' obbligo però di « unire all' atto di donazione uno stato de' debiti « e pesi del donante, esistenti al giorno della do-« nazione; nel qual caso sarà in facoltà del do-« natario, in tempo della morte del donante, di « ritenersi i beni presenti, rinunziando al di più « de' beni del donante. »

Tale dritto di scelta è interamente estraneo al donatario per mera istituzione contrattuale: quest' ultimo non può dividere la donazione, del pari che un erede legittimo non potrebbe prendere soltanto i beni che aveva il suo autore ad una data epoca, per non pagare se non i debiti che aveva allora. Sotto tal rapporto, la successione è un tutto indivisibile attivamente, e passivamente.

Nel caso medesimo del detto art. 1084, il donatario non potrebbe reclamare i beni futuri pagando i debiti futuri, e rinunziare ai beni presenti per dispensarsi di pagare i debiti esistenti al tempo della donazione: la scelta non gli è accordata che pe' beni presenti.

727. Del resto per conoscere esattamente gli effetti di questa donazione di beni presenti e futuri fatta cumulativamente, è necessario di non separare la disposizione dell' art. 1085 c. c. = *1041 ll. cc.* da quella dell'art. 1084. c. c. = *1040 ll. cc.*

« Se lo stato, esso dice, di cui si è parlato
« nel precedente articolo, non fu unito all' atto
« di donazione de' beni presenti e futuri, il do-
« natario sarà tenuto di accettare o di rinunziare
« interamente la donazione: in caso di accettazio-
« ne non potrà pretendere se non i beni che si
« troveranno esistenti in tempo della morte del
« donante, e sarà soggetto al pagamento di tutti
« i debiti e pesi ereditarii. »

728. Questo stato è una innovazione del Codice: l' ordinanza del 1731 no'l prescriveva ed il donatario de' beni presenti e futuri cumulativamente avea sempre, come oggidì quando sia stato unito lo stato, il dritto di dividere la disposizione; di ritenere i beni presenti pagando i debiti e pesi esistenti al tempo della donazione, e di rinunziare i beni futuri per dispensarsi di pagare i debiti e pesi posteriori al contratto. Ma Rousseau de Lacombe, nel suo comentario sull' ordinanza (art. 17), avea fatto conoscere l' utilità che si sarebbe ottenuta nel chiedere uno stato per istabilir chiaramente la separazione de' debiti esistenti al giorno della donazione, da quelli fatti dopo, affinchè il donante non potesse alterare gli effetti della disposizione circa ai beni presenti. Avea mostrato puranche il dispiacere che si fosse similmente omesso lo stato estimativo de' mobili compresi nella donazione de' beni presenti.

I compilatori del Codice adottarono in parte questa giudiziosa osservazione, e la loro opera con-

tiene sotto tal rapporto una vera miglioria; ma tuttavolta sarebbe a desiderarsi che essi non avessero lasciato nell' incertezza taluni importantissimi punti. Speriamo nondimeno, coll' aiuto della dottrina e del ragionamento, di spiegar questi dubbii.

729. Un altro notabile cangiamento fatto dal Codice è che, secondo l' ordinanza (art. 17), la donazione de' beni presenti e futuri cumulativamente poteva farsi non solo a vantaggio de' coniugi o di uno d' essi e de' figli del matrimonio, in caso di premorienza del donatario, ma ancora a favore de' soli figli e discendenti nati dal matrimonio; mentrechè, giusta il Codice, non può farsi a vantaggio di questi figli e discendenti che sussidiariamente, nel caso della premorienza del loro padre o madre donatarii. L' art. 1084 c. c. = *1040 ll. cc.* si riferisce all'art. 1082 c. c.=*1038 ll. cc.*, e noi dimostrammo, spiegando questo articolo, che la donazione non può farsi a vantaggio soltanto dei figli del matrimonio, omettendo i coniugi. Non puossi donare ad individui non ancora conceputi, se non a favore del matrimonio, e soltanto in virtù di una speciale disposizione della legge: or la legge non permette di donare ai figli del matrimonio, ed essa medesima non li chiama alla disposizione che in caso di premorienza del coniuge donatario: suppone dunque necessariamente che il coniuge sia donatario in primo grado. Sol per effetto di una sostituzione volgare può avvenire che i figli del matrimonio raccolgano i be-

ni in questo caso, come in quello della mera istituzione contrattuale: è necessario dunque un primo donatario.

730. Osserveremo, come lo praticammo nella sezione precedente sull' art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*, che con queste parole *potrà farsi cumulativamente de' beni presenti e futuri*, *in tutto o* *IN PARTE*, l' art. 1084 non può intendere, *per parte*, che una donazione a titolo universale, pei beni presenti non che pei beni futuri, e non già una donazione di oggetti determinati o corpi certi, o di somme; imperocchè questi oggetti e queste somme costituirebbero una vera donazione tra vivi di beni presenti, i cui effetti sarebbero regolati dall' art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.* Essa in conseguenza per sè stessa ed in mancanza di qualunque convenzione non sottoporrebbe il donatario all'obbligo di pagare i debiti del donante, per qualsivoglia porzione, anche circa ai debiti allora esistenti. E sarebbe così, ancorchè questa donazione fosse fatta colla medesima clausola o proposizione mediante donazione di tutti i beni futuri o di una quota di questi beni. Per esempio: *Dono a Filippo, mio nipote, a contemplazione del futuro matrimonio, la mia terra di Piccardia e la metà de' beni che lascerò a morte mia*, senza altra spiegazione, nè stato de' miei debiti e pesi. In questo caso il donatario riceve la terra di Piccardia come beni presenti, senz' alcun peso, poichè io non gliene imposi. In somma la clausola non contiene

una donazione fatta cumulativamente de' beni presenti e futuri in parte nel senso dell' art. 1084 c. c. = *1040 ll. cc.*; ma contiene due donazioni distinte: l' una vera tra vivi di beni presenti, regolata dall' art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.*; l' altra di beni futuri, regolata dagli art. 1082, 1083 e 1086 c. c. = *1038 e 1039 ll. cc.* In guisa che non ostante l' omissione dello stato de' miei debiti e pesi sussistenti nel giorno del contratto, la donazione che ha per oggetto la terra di Piccardia non diverrebbe caduca per la premorienza del donatario e della sua discendenza: l' art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* non potrebbe applicarsi a questa donazione; lo si potrebbe soltanto pei beni futuri. Avrei potuto solamente stipulare il dritto di riversione di detta terra pel caso della premorienza del donatario, o del donatario e della sua discendenza, in conformità dell' art. 951 c. c. = *876 ll. cc.*; ma allora sarebbe stata una riversione e non una caducità: vedremo quanto prima la differenza che vi è.

Ciò posto, se io non mi abbia riservato l' usufrutto, il donatario, senza il menomo dubbio, può dimandare immediatamente di esser messo nel godimento della detta terra.

Similmente la donazione di una somma, unita alla donazione di una quota de' beni futuri, sarebbe del pari una donazione tra vivi di beni presenti, quantunque questa somma dovesse pagarsi solamente a morte del donante; imperocchè ciò non

sarebbe che un termine preso per l'esecuzione, lo che non impedirebbe per conseguenza che la donazione di tal somma fosse una vera donazione tra vivi di beni presenti, come il dicemmo parecchie volte (1).

Intendesi per donazione fatta cumulativamente di *parte* de' beni presenti e futuri, una donazione a titolo universale de' beni presenti come de' beni futuri: per esempio, la metà, il terzo, o tutti gl'immobili, o tutti i beni mobili, ovvero una quota parte degli uni o degli altri, in somma ciò che costituirebbe un legato a titolo universale ai termini dell' art. 1010 c. c. = *964 ll. cc.*, e sottoporrebbe il legatario alla contribuzione de' debiti; art. 1012 c. c.=*966 ll. cc.* Se il legatario a titolo particolare e nel medesimo tempo legatario a titolo universale non contribuisce ai debiti pel suo legato particolare, non si scorge perchè il donatario

(1) Soprattutto nel tomo precedente, n. 457 e 458.

La Corte Suprema giudicò con arresto di cassazione, che la donazione di una somma pagabile dopo la morte del donante, senza interessi sino allora, era donazione tra vivi di beni presenti. In verità vi era stipulazione del dritto di riversione nel caso di premorienza del donatario, e costituzione d'ipoteca; ma queste circostanze non influivano in alcun modo alla quistione. Arresto del 17 aprile 1828, riformante una sentenza del tribunale di Aix; *Sirey*, 26, 1, 346.

V. anche la decisione della Corte di Rouen, del 9 novembre 1825 (*Sirey*, 26, 2, 44), la quale riguardò pure come donazione tra vivi di beni presenti la donazione di una somma *da prendersi* sopra tutti i beni che il donante lascerebbe a morte sua, con sottoposizione deg' immobili alla garantia di detta somma, di cui si *spogliava* con la donazione.

di cose speciali sarebbe tenuto ai debiti rispetto a queste cose, quando lo stato de' debiti e pesi non è evidentemente richiesto che per determinare quali son quelli di cui debba esser tenuto in ragione de' beni presenti, giusta la regola *bona non intelliguntur, nisi ære alieno deducto.* L' obbligazione di pagare i debiti, ripetiamolo pure, suppone una donazione a titolo universale.

731. Ciò posto, vediamo separatamente i due casi: quello in cui lo stato de' debiti e pesi sia stato unito all' atto di donazione, e quello in cui non ve ne fu alcuno.

In quest' ultimo, la donazione deve considerarsi come una mera istituzione contrattuale: l' art. 1085 c. c. = *1041 ll. cc.* richiede evidentemente così, poichè dice che il donatario sarà obbligato di accettare o rinunziare questa donazione per l'intero; che in caso di accettazione non potrà *pretendere* se non i beni che si troveranno esistenti in tempo della morte del donante, e che sarà soggetto al pagamento di tutti i debiti e pesi ereditarii. Egli *pretende* dunque i beni, e pretende gli uni e gli altri, poichè non si distingue, anzi al contrario si esclude qualunque distinzione in questo caso. Ed a qual epoca li pretende egli? al tempo dell' apertura della successione, al tempo della morte, come lo dice l' art. 1084 c. c. = *1040 ll. cc.*, di cui il seguente non è che uno sviluppamento. Se avvien così, è dunque perchè uno suppone che il donante non sia stato spogliato immediatamente,

anche de' beni presenti, giacchè non avrebbe potuto alienarli a danno della donazione; or egli lo potette, poichè il donatario, se l'accetti, è obbligato di prendere i beni nello stato in cui si trovano. È questa altronde la comune opinione degl' interpetri del Codice il quale in ciò derogò visibilmente all' art. 17 della ordinanza del 1731, e tanto fu giudicato dalla Corte di cassazione con arresto molto ben motivato, in data de' 17 maggio 1815 (1).

Ma precisamente, siccome le parti fanno una istituzione contrattuale colla donazione di beni presenti e futuri cumulativamente, allorchè lo stato de' debiti e pesi del donante in quel tempo esistenti non sia stato unito all' atto, bisogna intendere queste parole dell' art. 1085 c. c. = *1041 ll. cc.*, « in caso di accettazione non potrà (il « donatario) pretendere se non i beni *che si tro- « veranno esistenti in tempo della morte del « donante*, » nel senso che non potrà impugnare le alienazioni a titolo oneroso, nè le costituzioni d' ipoteche fatte per ragion degli atti stipulati nel medesimo titolo, allorchè queste alienazioni e queste costituzioni d' ipoteche non saranno state fatte in frode della donazione. Del resto ciò non vuol dire in alcun modo che il donante abbia potuto disporre a titolo gratuito (eccettochè per modiche somme) de' beni presenti ed anche de' beni futuri

(1) *Sirey*, 1815, 1, 349.

compresi nell'istituzione, poichè non l'avrebbe potuto anche quando non avesse donato semplicemente che beni futuri; art. 1083 c. c. = *1039 ll. cc.*

Nel caso di cui si tratta, non avvi dunque il menomo dubbio che, quantunque il donante non si avesse riservato il godimento de' beni, lo conseguirebbe di pieno dritto, per la natura medesima della disposizione; in guisa che, almeno in questo caso, è certo che la reggia de' demanii non può pretendere i dritti di passaggio di proprietà dal tempo del contratto, anchè pe' soli beni presenti. Il dritto del donatario è ugualmente eventuale circa a questi beni che nel caso di una mera istituzione contrattuale (1).

Quindi si applicherebbe senz' alcun dubbio a questo caso l'art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.*, riguardante la caducità della disposizione per la premorienza del donatario e della sua discendenza. Non puossi elevare la menoma controversia su tale obbietto, come si è elevata riguardo ai beni presenti allorchè lo stato de' debiti e pesi sia stato unito all'atto di donazione. Ma discuteremo questo punto delicato.

Finalmente, e sempre nella medesima ipotesi, i figli e discendenti del matrimonio, nel caso in cui il donatario fosse morto prima del donante, avrebbero essi soli dritto ai beni presenti, e non quelli

(1) Arresto della Corte di cassazione del 17 maggio 1815, innanzi citato.

di un altro matrimonio; giacchè il donatario non ne ha avuto la proprietà. Fu impossessato indubitatamente del dritto eventuale ed irrevocabile di raccoglierli a morte del donante, come i beni futuri, ma non ebbe pe' beni presenti che un dritto della medesima natura che per quelli di questa ultima specie, per derogazione all' ordinanza del 1731. In siffatto caso tutti erano beni futuri, per conseguenza essendo morto prima del donante, nulla trasmise per tal riguardo a suoi eredi.

732. Ma non bisogna confondere colla donazione fatta cumulativamente dei beni presenti e futuri, la donazione di beni presenti soltanto, benchè fatta a titolo universale, ed anche per contratto di matrimonio. Imperocchè quest' ultima è regolata dall'art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.*, e non diverrebbe caduca per la premorienza del donatario e della sua discendenza. Il donatario sarebbe indubitatamente tenuto a contribuire al pagamento de' debiti del donante allora esistenti, perchè non vi sono beni se non dedotti i debiti (1), ma la donazione non prenderebbe la natura di disposizione a causa di morte pel solo motivo che lo stato de' debiti e pesi del donante non fosse stato unito all' atto; rimarrebbe sempre quel che è, donazione tra vivi. Il donatario diverrebbe proprietario della quota di beni a lui donati, pel solo fatto del contratto, e se il donante non se ne aves-

(1) *V.* tomo precedente, n.o 471 e seguenti, 481 e seguenti e di sopra, n.i 668, 718 e 730.

se riservato il godimento, il primo avrebbe il dritto di domandarne subito il rilascio pagando la sua porzione di debiti.

733. Del resto anche nel caso di una donazione fatta cumulativamente de' beni presenti e futuri, in tutto o in parte, e quando lo stato de' debiti e pesi allora esistenti non sia stato unito, la donazione non è nulla circa ai mobili, perchè lo stato di questi mobili neanche sarebbesi unito alla minuta della donazione: gli eredi del donante non potrebbero sotto tal pretesto negarsi a consegnarli, giacchè il Codice in questo caso non prescrive il detto stato. Non lo prescrive in materia d'istituzione contrattuale, e la donazione di cui si tratta, mancante dello stato de' debiti, non vale che come istituzione contrattuale. Esso neppure lo prescrive nelle donazioni di beni presenti e futuri fatte cumulativamente con questo stato, che anzi, secondo noi e secondo altri interpreti (quantunque cio sia più dubbioso) neanche intese richiederlo in alcuna donazione a titolo universale. (1).

734. Quando siasi eseguita la disposizione dell'art. 1084 c. c. = *1040 ll. cc.*, cioè quando siasi unito all'atto uno stato de' debiti e pesi del donante esistenti nel giorno della donazione, vi sono realmente gravi dubbii in determinar quali sieno gli effetti di questa donazione circa ai beni presen-

(1) Conviene a tal riguardo riportarsi a quanto fu detto nel tomo precedente, cap. IV, sezione 1ª., §. 3.

ti; imperocchè pe' beni futuri, è chiaro che son regolati dai principii dell'istituzione contrattuale.

735. Quindi 1.° il donatario è mai proprietario de' beni presenti nell'istante medesimo?

2.° Ha mai il dritto di domandarne immediatamente il rilascio, se il donante non se ne abbia riservato l'usufrutto?

3.° Deve forse immediatamente i dritti di mutazione di proprietà circa a questi beni?

4.° Nel caso di sua premorienza, questi medesimi beni non possono forse appartenere che ai figli nati dal matrimonio a cui favore ebbe luogo la donazione, o al contrario vi hanno dritto tutti i suoi figli indistintamente?

5.° Ed in questo caso i figli del matrimonio i quali sopravvivano al donante non posson essi avere i beni presenti che in qualità di eredi del loro padre, ovvero possono, come in materia d'istituzione contrattuale, e come pe' beni futuri compresi nella donazione di cui si tratta, raccoglierli *Jure suo*?

Infine 6.° nel caso di premorienza del donatario e di quella de' discendenti nati dal matrimonio, questi medesimi beni presenti appartengon essi a' suoi eredi chiunque sieno, o pure la donazione è caduca per questi beni dal pari che pe' beni futuri?

736. Tali sono le quistioni che possonsi fare sul citato art. 1084. Esse presentano gravissimi dubbii, e ciò si concepirà facilmente se si rifletta

che questo articolo fu preso dall'art. 17 dell' ordinanza del 1731, sulla cui interpetrazione gli stessi comentatori dell' ordinanza non furon di accordo, e che esso lasciò sussistere le medesime incertezze. Rammentiamoci in fatti che vigente l'ordinanza il donatario aveva il dritto di dividere la donazione, sia che vi fosse o pur no uno stato de' debiti e pesi del donante esistenti al giorno dell' atto, come ha tal dritto, giusta il nostro art. 1084, allorchè questo stato siasi unito alla minuta della donazione.

Secondo Furgole (1), la donazione di beni presenti e futuri differirebbe molto dall'istituzione contrattuale; mentrechè, secondo Ricard (2), *queste due disposizioni non differiscono che di nome, in guisa che debbono esser soggette alle medesime regole.* Essa ne differirebbe secondo Furgole, in quanto che il donatario diviene proprietario immediatamente de' beni presenti, e la donazione devè eseguirsi subito circa a questi beni, se il donante non se ne abbia riservato l' usufrutto. In guisa che tutti i figli del donatario, al tempo di sua morte, vi han dritto, ma come suoi eredi ed accettando la sua eredità. Quindi, secondo il medesimo autore, la premorienza del donatario e della sua discendenza non renderebbe caduca la donazione pe' beni presenti, ma soltanto be' beni futuri.

(1) *Osservazioni* sull' art. 17 dell' ordinanza del 1731.

(2) *Delle donazioni*, part. 1.ª, n.° 1063.

Lebrun (1) scrisse nel medesimo senso: egli distingueva l' istituzione contrattuale dalla donazione di beni presenti e futuri fatta cumulativamente. Non ammetteva che morendo l' istituito prima dell' istituente, avesse potuto disporre de' beni compresi nell' istituzione, comprendendoli nel legato universale o a titolo universale de' proprii: questi beni dovevano appartenere ai figli del matrimonio per porzioni eguali; e se non vi erano figli o discendenti, l' istituzione allora diveniva caduca (2). All' opposto il donatario de' beni presenti e futuri, morendo o pur no prima del donante, poteva, secondo Lebrun, disporre de' beni presenti come meglio credesse, perchè ne era stato impossessato sin dal principio, n' era divenuto proprietario pel fatto solo della donazione, *mentre gli si permette di dividere*. In guisachè risulterebbe evidentemente dalla dottrina di questo autore (sebbene non siasi tuttavia positivamente spiegato), che la premorienza del donatario e di tutti i figli e discendenti nati dal matrimonio non renderebbe la donazione caduca pe' beni presenti; che il donatario potrebbe dimandare immediatamente il rilascio di questi medesimi beni se il donante non se ne avesse riservato l' usufrutto; infine che in caso di morte del donatario anche prima della

---

(1) *Delle successioni*, lib. III, cap. 2, n°. 37.

(2) E ciò oggidì è ugualmente inconcusso, giusta quanto abbiam dimostrato nella sezione precedente.

morte del donante, i figli del matrimonio non potrebbero aver diritto ai beni presenti che in qualità di eredi del loro padre, e che tutti i figli indistintamente, quelli nati da un altro letto del pari che quelli del matrimonio, vi avrebbero dritti uguali.

Grenier (1) agitando la quistione se, nel caso di premorienza del donatario, i figli del matrimonio debbano essere eredi del loro padre per aver dritto ai beni presenti compresi nella donazione, c'insegna che nella prima edizione della sua opera aveva adottata la dottrina di Furgole e di Lebrun sugli effetti della donazione di cui si tratta (2), eccetto tuttavia per ciò che concerne la caducità pronunziata indistintamente, a parer suo e nostro, dall' art. 1089 c.c. = *1044 ll. cc.*, pe' beni presenti come pe' beni futuri, nel caso di premorienza del donatario e sua discendenza. Ma abbandonò poi siffatta dottrina e si attenne a quella di Chabrol (3), il quale avendo esaminato tale quistione di caducità, la risolvè, dice Grenier, con grande sagacità per l'affermativa, pe' beni presenti non che pe' beni futuri, non facendo a tal riguardo alcuna distinzione tra questa donazione e l' istituzione contrattuale: donde Grenier desume che il donatario *non*

(1) Tomo II, n.° 434.

(2) Nella supposizione però in cui, vigente il Codice, lo stato de' debiti e pesi sia stato unito all' atto di donazione.

(3) *Comentario sulla consuetudine d' Auvergne*, Tomo II, pag. 369.

era impossessato di questi beni del pari che de' beni futuri, pel solo fatto della donazione; che essi non si devolsero a lui, e per conseguenza (sola quistione che discute in tal luogo) che i figli del matrimonio possono raccoglierli *jure suo*, se vivano ancora a morte del donante, senza aver obbligo per ciò di essere eredi, anche beneficiati, del loro padre.

Le altre conseguenze che emergerebbero naturalmente dal principio che il donatario non è immediatamente impossessato della proprietà de' beni presenti del pari che di quella de' beni futuri, sarebbero che il donante non avrebbe bisogno di riservarsene l' usufrutto per continuare a goderne sino alla sua morte; che nel caso di premorienza del donatario, i figli e discendenti del matrimonio i quali vivessero a morte del donante avrebbero dritto essi soli ai beni presenti nonchè ai beni futuri, in esclusione de'figli di un altro letto; in somma che la donazione si regolerebbe come l' istituzione contrattuale, eccettochè il donante non avrebbe potuto disporre de' beni presenti, anche a titolo oneroso, nè ipotecarli, menochè ancora il donatario o i figli del matrimonio, in caso di sua premorienza, non rinunciassero alla divisione; nel quale caso tutta la donazione non essendo allora considerata che come mera istituzione contrattuale, gli atti di disposizione a titolo gratuito sarebbero i soli senza effetti riguardo ai donatarii, tranne tuttavia quelli per somme modi-

che, il tutto uniformemente all'art. 1083 c. c. = *1039 ll. cc.*

Toullier professa siffatta dottrina, senza spiegarsi nondimeno, del pari che Grenier, sopra tutti gli effetti da noi ora sviluppati; ma egli ammette la caducità dell' art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.*, nel caso di premorienza del donatario e di lui discendenza, per la intera donazione, pe' beni presenti nonchè pe' beni futuri; ed intende al par di noi (1) la parola *discendenza*, usata in questo articolo, per *discendenza nata dal matrimonio.* È questo in fatti il suo vero senso: l' art. 1089 c. c. = *1044 ll cc.* si riferisce all'art. 1082 c. c.= *1035 ll. cc.*, e l'art. 1084 c. c. = *1040 ll. cc.* si riferisce puranche a quest' ultimo: or nel medesimo non si tratta che di figli e discendenti nati dal matrimonio, e noi abbiamo dimostrato che non potrebbero anche comprendersene altri in una istituzione contrattuale, nè direttamente nè indirettamente.

E siccome Toullier non iscorge nel sopraccitato art. 1089 che una *caducità*, e non una specie di *legale riversione* de' beni presenti avente qualche relazione con quella dell'art. 747 c. c. = *670. ll. cc.*, come sembra di averlo scorto Maleville, e come sembrava di scorgervelo puranche Grenier nell' opinione da lui prima adottata, converrebbe che Toullier, per essere conseguente, dices-

(1) *V.* sopra, n.o 722.

se similmente che il donatario non è immediatamente proprietario de' beni presenti, e quindi che il donante non ha bisogno di riservarsene l' usufrutto per goderne sino a morte sua, sul qual punto non ci siamo accorti che egli si fosse spiegato.

Delvincourt al contrario, attenendosi alla dottrina di Lebrun e di Furgole, vede due donazioni distinte nella donazione di beni presenti e futuri, allorchè siesi adempita la condizione richiesta dal Codice, cioè quando sia stato unito all' atto lo stato de' debiti e pesi del donante esistenti nel giorno della donazione. In guisa che, conseguente nella sua opinione, l' art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* non è applicabile, nella caducità che pronunzia, se non ai beni futuri soltanto e non ai beni presenti, perchè il donatario n' è divenuto proprietario puramente e semplicemente col solo fatto di aver accettata la donazione, e la *caducità* può soltanto colpire un dritto non ancora acquistato; che tutti i figli chiunque essi sieno del donatario, ed anche i suoi collaterali in mancanza di figli, raccolgono i beni presenti, e non possono raccoglierli che come suoi eredi, sia che egli fosse morto prima del donante, sia che gli fosse sopravvissuto, ec.

Non puossi disconvenire di essere siffatta dottrina più ragionevole della precedente; imperocchè una donazione di beni presenti e futuri dovrebbe, circa ai beni presenti, produrre gli stessi effetti di

una donazione ordinaria fatta a tal titolo. Che anzi la circostanza di aver avuto essa luogo in un contratto di matrimonio non ne dovrebbe diminuire gli effetti; e nondimeno nel primo sistema questi effetti non sono così estesi come quelli di una ordinaria donazione tra vivi di beni presenti per quanto è d'uopo. Una donazione di beni presenti soltanto, senza unirvi beni futuri, produrrebbe indubitatamente, come il dicemmo più innanzi, tutti gli effetti generali di una donazione fatta a tal titolo, quantunque sia stata fatta di una quota de' beni del donante, come la metà, e quantunque siasi inserita in un contratto di matrimonio: l' art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.* non permetterebbe il menomo dubbio a tal riguardo. Perchè avvien dunque diversamente quando la donazione sia fatta cumulativamente de' beni presenti e futuri, allorchè specialmente si accorda al donatario il dritto di dividere la disposizione? Sarebbe difficile di addurne altro motivo che la supposizione d' intenzione del donante il quale, donando in tal modo i suoi beni futuri del pari che i suoi beni attuali, non ebbe forse in mira che la sua eredità, quantunque nondimeno, donando pure in espresso modo i suoi beni presenti, volesse assicurarne la proprietà al donatario pel tempo della morte di esso donante, interdicendosi con ciò il dritto di disporre anche a titolo oneroso. Imperocchè i termini dell'art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.*, comunque sieno generali, non basterebbero forse per istabilire questa caducità

assoluta, poichè non potrebbero intendersi, per ciò che concerne la donazione di beni presenti e futuri, de' casi soltanto in cui lo stato de' debiti e pesi non fosse stato unito all' atto di donazione: potrebbesi dire che se esso non fa la distinzione tra questo caso e quello in cui lo stato siasi unito all' atto, da un' altra parte non lo rigetta almeno ne' suoi termini. Lo stesso è de' casi in cui, non ostante la generalità delle sue espressioni, che abbracciano le donazioni dell' art. 1086 c. c. nonchè quelle degli art. 1082 e 1084 c. c. = *1038 e 1040 ll. cc.*, converrebbe nondimeno porre restrizioni alla caducità, sotto pena di commettere grandi ingiustizie, e di violare le regole più elementari della materia. Così per esempio, se in una donazione tra vivi di beni presenti, il donante si abbia riservato la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione, caso espressamente preveduto dall' art. 1086 c. c., si oserebbe mai sostenere che la premorienza del donatario e de' discendenti nati dal matrimonio renda caduca la donazione non solo circa a questa cosa, ma ancora circa agli altri beni non soggetti ad alcun peso che loro imprimesse le caratteristiche della disposizione a causa di morte? Ma una simile risoluzione sarebbe assurda all' ultimo segno, e nondimeno l' art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* dice, senza alcuna distinzione, che le *donazioni* fatte ad uno de' coniugi ai termini de' summenzionati art. 1082, 1084 e 1086, diverranno caduche se il donante

sopravviva allo sposo donatario ed alla sua discendenza. E poi, puossi forse rimproverare a questo articolo soltanto la sua eccessiva brevità? Non puossegli rimproverar forse puranche di aver parlato di *discendenza* in un modo generale, quando si riferisce ad articoli che non parlano se non di figli e discendenti nati dal matrimonio? E perchè inoltre suppone esso soltanto che le donazioni di cui si tratta sieno state fatte ad *uno degli sposi* quando han potuto aver luogo a vantaggio de' due sposi (art. 1082 e 1086 c. c. = *1038 ll. cc.*)? Non più ci dilungheremo in siffatte obbiezioni e dubbii; adotteremo, ma a malincuore, l'opinione più generalmente ammessa dagl'interpreti del Codice civile, che la caducità, nel caso preveduto in questo art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.*, cade in effetti sopra i beni presenti del pari che sopra i beni futuri; che il donatario, quantunque sia irrevocabilmente impossessato del dritto, non diviene nulladimeno proprietario immantinente de' beni presenti, non ostante l'unione dello stato de' debiti e pesi; che il donante per conseguenza non ha bisogno di riservarsi l'usufrutto per continuare a godere di detti beni sino a morte sua, ma bisognerebbe all'opposto una stipulazione perchè il donatario avesse egli medesimo il godimento, e la regia non può esigere da ora in poi il dritto di passaggio di proprietà, poichè non avvene ancora alcuno operato diffinitamente. Imperocchè è d'uopo infatti osservare che i beni non *ritornano* al do-

nante, come nel caso dell' art. 951 c. c. = *876 ll. cc.*, e neanche come in quello dell' art. 747 c. c. = *670 ll. cc.*; essi non sono usciti di sua mano: la donazione è *caduca* e non altro, lo che è ben differente da un dritto di riversione, o da un dritto successorio.

Non possiamo in fatti opporci al testo troppo imperioso di questo art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.*, il quale si riferisce, non all' art. 1085 c. c. = *1041 ll. cc.*, che parla precisamente della donazione di beni presenti e futuri a cui fu unito lo stato de' debiti e pesi del donante esistenti nel giorno della donazione. E se i compilatori del Codice avessero voluto stabilir la caducità soltanto pel caso contrario, bisognava riferire l' art. 1089 all' art. 1085, e non parlare dell' art. 1084 che nel suo confronto con quest' ultimo. Ma è d' uopo confessare al contrario di essersi avuto in considerazione lo stato della giurisprudenza più generalmente seguita negli ultimi tempi: or erasi dessa pronunziata nel senso dell' interpetrazione di Chabrol. Lo stesso art. 1084 di sopra citato sembra altronde richiedere siffatta risoluzione dicendo: « nel « qual caso sarà in facoltà del donatario, *in tem-* « *po della morte del donante*, di ritenersi i be- « ni presenti, rinunziando al di più de' beni del « donante. » Quindi in tempo della morte del donante fa il donatario la sua scelta e si ritiene i beni presenti; *si ritiene* questi beni, non già che gli abbia in suo potere, e ne abbia avuto la pro-

prietà sin dal contratto; si ritiene questi beni finchè conserva il dritto che avea sopra di essi pel solo fatto della donazione, e che consisteva nel non potere il donante disporne anche a titolo oneroso. Ma se fosse stato proprietario di detti beni col solo fatto della donazione, bastava il dire che potrebbe, in tempo della morte del donante, prendere o lasciare i beni futuri, col peso di pagare i debiti posteriori alla donazione.

Siffatta interpetrazione è ancora confermata da un parere del Consiglio di Stato, del 19 dicembre 1809, approvato nel 22 del medesimo mese (1), e dal quale risulta chiaramente che il donante non si spoglia della proprietà de' beni presenti, col solo fatto del contratto di donazione, ed in conseguenza non ha bisogno di riservarsene l'usufrutto per continuare a goderne. Questo parere (2) dice, che « per le donazioni di « beni presenti e futuri, mediante contratto di ma- « trimonio, sia che vengano fatte cumulativamente « o con disposizioni separate, il dritto graduale è « dovuto pe' beni presenti, *ogni qualvolta sia* « *stipulato che il donatario entrerà all' istan-* « *te in godimento* »: dunque nella idea del

(1) Che si allegò nella causa giudicata tra il donatario e la regia, coll'arresto del 17 maggio 1815 (*Sirey*, 1815, 1, 549), di cui si parlò più innanzi.

(2) Veramente non si spiega in modo speciale sul caso in cui lo stato de' debiti e pesi del donante sia stato unito all' atto di donazione, ma tutto induce a credere che intese puranche disporre su tal caso, poichè non fa alcuna distinzione, ed è questo altronde il caso più comune.

Consiglio di Stato, bisogna che il donatario stipuli il godimento per poter godere subito de' beni presenti; dunque non n'è proprietario col solo fatto della donazione, altrimenti incumberebbe al donante il riserbarsi l'usufrutto con una stipulazione per conservare il godimento di questi medesimi beni. A tali idee in fatti ci arrestiamo diffinitamente, dopo tuttavia di essere stati lungo tempo incerti tra l'una e l'altra interpetrazione, per cagion delle conseguenze di entrambe, molte delle quali ci erano assai ripugnanti.

737. Del resto si richiede la trascrizione per gl'immobili compresi nei beni presenti: siccome è questo un atto conservatorio, e la legge lo prescrive per avvertire i terzi, deve aver luogo; ed a tale riguardo convien riferirsi a quanto fu detto nel tomo precedente, n.° 507.

SEZIONE IV.

Delle donazioni, che per molti rapporti partecipano della natura delle disposizioni a causa di morte.

SOMMARIO.

738. *Le donazioni mentovate nell' art. 1086 c. c. sono modificazioni delle precedenti, anzichè specie particolari.*

739. *Testo di questo articolo.*

740. *Modificazioni cui può esser soggetta la donazione tra vivi di beni presenti fatta agli sposi o ad uno d'essi in favore del matrimonio.*

741. *Effetti di siffatte modificazioni.*

742. *In qual modo possano modificarsi gli effetti ordinarii delle*

donazioni di beni presenti e futuri, o istituzioni contrattuali; ed effetti di siffatte modificazioni.

743. *Come possansi ancora modificare gli effetti delle donazioni atte cumulativamente de' beni presenti e futuri.*

738. Rispetto alle donazioni fatte agli sposi nonchè ai discendenti da nascere dal matrimonio, ci rimane a parlare delle diverse disposizioni le quali per varii riguardi partecipano della natura delle disposizioni a causa di morte, ma che in realtà modificano piuttosto gli effetti delle tre specie di donazioni di cui si è trattato, anzichè ne costituiscono altre particolari e distinte.

739. Intorno a queste disposizioni vien pronunziato dall'art. 1086 c. c. così conceputo:

« La donazione per contratto di matrimonio in « favore degli sposi e de' figli nascituri dal ma- « trimonio, da qualunque persona provenga, potrà « ancora essere fatta colla condizione di pagare in- « distintamente tutti i debiti e pesi dell' eredità « del donante, ovvero sotto altre condizioni, l' e- « secuzione delle quali fosse per dipendere dalla « sua volontà: il donatario sarà tenuto di adem- « pire a queste condizioni, quando non prescelga « di rinunciare alla donazione; e nel caso che il « donante, pel contratto di matrimonio, si fosse « riservata la facoltà di disporre di un effetto o com- « preso nella donazione de' suoi beni presenti, o « di una determinata somma da ricavarsi da' sud- « detti beni, l' effetto o la somma, quando egli « morisse senz'averne disposto, si riterranno com-

» presi nella donazione, ed apparterranno al do-
« natario od a' suoi eredi. ».

740. Vediamo successivamente e rapidamente in che cosa ciascuna delle tre specie di donazioni di sopra trattate possa esser modificata ne' suoi effetti dalle disposizioni prevedute in questo articolo, le quali rendono inapplicabile a siffatte donazioni la massima *donare e ritenere non vale*.

Circa alla donazione tra vivi di beni presenti, per contratto di matrimonio, ai termini dell' art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.*, può essere modificata principalmente in tre modi.

1.° O perchè il donante si avesse riservata la libertà di disporre di una cosa *compresa* nella donazione, o di una somma da prendersi sui beni donati, ciocchè potè fare giusta gli art. 946, 947 e 1086 c. c. = *870 e 871 ll. cc.*, ultima disposizione, esaminata e combinata.

2.° O perchè incaricò il donatario di pagare debiti e pesi diversi da quelli che esistevano nel giorno della donazione, o che fossero stati espressi in uno stato unito all' atto; ciocchè potè fare similmente in virtù de' succitati art. 945, 947 e 1086 c. c. insiem combinati.

3.° O infine perchè fece la donazione sotto condizioni dipendenti dalla sua volontà; suddetti art. 944, 947 e 1086.

741. Nel primo caso, se il donante non disponga della cosa compresa nella donazione, o della somma da prendersi sui beni donati, questa cosa

o questa somma appartiene al donatario o a' suoi eredi; art. 1086 c. c. (a).

Ma su tal punto due osservazioni.

La prima è che se il donante si avesse riservata la cosa, in vece di riservarsi semplicemente la facoltà di disporne, allora questa cosa non sarebbe compresa nella donazione, e rimarrebbe a' suoi eredi, anche quando non ne avesse disposto. Per esempio, se avesse detto: *Dono la mia terra di Piccardia compresavi la foresta, ma ne eccettuo o me ne riserbo il taglio*, questo taglio non sarebbe compreso nella donazione; mentrechè si reputerebbe di esserlo se avesse semplicemente detto: *ma mi riserbo il dritto di disporre del taglio.*

In secondo luogo, siccome la cosa di cui il donante si riserbò la facoltà di disporre ha la caratteristica di disposizione a causa di morte, in quanto che il donatario non è effettivamente proprietario di questa cosa, emerge che se la premorienza del detto donatario e de' figli e discendenti del matrimonio renderà caduca la donazione per ciò che concerne questa medesima cosa, in conformità dell' art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.*, ma non circa agli altri beni, che non hanno siffatta caratteristica, e che son restati al contrario con quello della mera donazione tra vivi de' beni presenti, regolata per conseguenza dai canoni generali delle donazioni fatte a tal titolo; art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.*

(a) Veggasi l'antecedente nota al n.° 668 di questo volume. Trad.

Sulla seconda e terza modificazione che può ricevere la donazione tra vivi di beni presenti, convien dire che il donatario deve pagare i debiti e soddisfare i pesi impostigli, ed eseguire le condizioni stabilite dal donante, sotto pena di essere rivocata la donazione.

E siccome la donazione soggetta a questi pesi e condizioni partecipa veramente della natura delle disposizioni a causa di morte, siccome *il donante donà e ritiene*, è soggetta alla caducità pronunziata dal suddetto art. 1089.

Ma, secondo dicemmo nella prima sezione di questo capitolo, siffatte modificazioni non possono utilmente apportarsi alle donazioni tra vivi di beni presenti se non quando tali donazioni sien fatte per contratto di matrimonio, o con un atto il quale s' identifichi con questo contratto mediante l' osservanza delle formalità stabilite negli art. 1396 e 1397 c. c. = *1350 e 1351 ll. cc.* (1): non basta che sien fatte a favore del matrimonio. Questa circostanza senza dubbio le renderebbe inimpugnabili per causa d' ingratitudine (art. 959 c. c. = *884 ll. cc.*), e sarebbero caduche se il matrimonio non si effettuasse

(1) Imperocchè sebbene non si tratti di una *controscrittura*, nè di un *cangiamento* apportato nel contratto di matrimonio, non è dubbioso che la donazione potè esser fatta dopo il contratto: sarà un' *aggiunzione* al contratto; ma crediamo che bisogna allora che sia fatta secondo le formalità indicate negli art. 1396 e 1397 c. c. = *1350 e 1351 ll. cc.*, per avere i medesimi effetti come se fosse avvenuta nel medesimo contratto di matrimonio. Non cade dubbio del resto che per reputarsi fatta a favore del matrimonio, deve avvenire prima della celebrazione.

(art. 1088 c. c. = *1043 ll. cc.*), non altrimenti che se fossero state inserite nel contratto di matrimonio; ma non sarebbero perciò nella classe di quelle mentovate nell' art. 1086 c. c., cui si riferisce l' art. 947 c. c. = *871 ll. cc.* circa alle donazioni di tale specie. In fatti questo art. 1086 parla espressamente, nella sua ultima parte, delle donazioni di beni presenti fatte *per contratto di matrimonio*, e ciò, dopochè nella prima parte del medesimo articolo erasi già parlato puranche delle donazioni fatte *per contratto di matrimonio* agli sposi o ai figli da nascere dal matrimonio.

742. La seconda specie, quella delle vere donazioni di beni futuri, in tutto o in parte, possono essere modificate nei loro effetti legali, sia con la riserva di disporre a titolo gratuito (giacchè la riserva di disporre a titolo oneroso sarebbe superflua) della tale o della tal altra cosa appartenente in quel tempo al donante, o anche di disporre di una quota parte de' beni compresi nell' istituzione, e se non ne disponga si applica l' art. 1086 nella sua finale disposizione; sia, allorchè la donazione non è che di una quantità, per esempio della metà, mettendo i tre quarti o la totalità de' debiti a peso del donatario; sia infine facendo l' istituzione contrattuale sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante.

Ma non è meno irrevocabile (art. 1083 c. c. = *1039 ll. cc.*), salvo al donante di usare del dritto di disporre che si ha riservato, o di eseguir la cosa

che è l' oggetto della condizione sotto la quale fece l' istituzione; in guisa che se può con ciò rivocare indirettamente, non lo può almeno direttamente e per solo effetto di una dichiarazione di cangiamento di volontà, come lo potrebbe se si trattasse di un testamento.

La Corte di Grenoble ben seppe ciò distinguere giudicando con la sua decisione del 27 gennaro 1809 (1), che una istituzione di erede per contratto di matrimonio non era men riputata irrevocabile, quantunque l' istituente si avesse riservato la indefinita facoltà di fare legati pii, e di costituire alle sue figlie le doti a peso dell' erede. Veramente non era il donante quello il quale avea voluto rivocare, ma erano i fratelli e sorelle dell' istituito, tutti figli dell' istituente, i quali pretendevano di non avere la donazione la caratteristica della irrevocabilità; si comprende però che la regola è la stessa.

In questa donazione, modificata o pur no, non avvi alcun dubbio circa all' applicazione, se vi sia luogo, della caducità pronunziata dall' art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.*

743. Infine la donazione fatta cumulativamente de' beni presenti e futuri, anche quando siasi unito all' atto lo stato de' debiti e pesi del donante, può essere modificata pure ne' suoi effetti ordinarii, in virtù del citato art. 1086, colla riserva di disporre a titolo oneroso, ed eziandio a tito-

(1) *Sirey*, 11, 2, 222.

lo gratuito di una cosa compresa nella donazione de' beni presenti, o di una somma da prendersi da questi medesimi beni; o colla riserva di disporre di una quota de' beni futuri. E se il donante non si valga della riserva da lui fatta, si applica ancora l'art. 1086 c. c.

Puossi ancora modificare la donazione di beni presenti e futuri cumulativamente, facendola sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante; e gli stessi beni presenti possono essere soggettati a queste condizioni. Allora la donazione, a riguardo di essi come riguardo ai beni futuri, ha la natura di disposizione a causa di morte; ed avvi luogo senza dubbio alla caducità pronunziata dal summenzionato art. 1089, così per gli uni che per gli altri, quantunque si fosse unito all'atto lo stato de' pesi e debiti del donante esistenti in tempo della donazione.

Puossi similmente mettere a peso del donatario una parte de' debiti esistenti in tempo della donazione, ed anche di quelli che esisteranno nel giorno della morte del donante, maggiore della porzione de' beni, sia presenti sia futuri, a lui donata, per esempio i tre quarti, quando la metà soltanto degli uni e degli altri siagli stata conferita, e *vice versa*, puossi mettere a suo peso una quota di debiti minore di quella di cui sarebbe stato tenuto giusta le regole ordinarie.

In somma possonsi modificare gli effetti di queste diverse specie di donazioni come meglio piaccia,

purchè le clausole, pesi o condizioni non abbiano cosa alcuna di contrario alle leggi o al buon costume, o non sieno d' impossibile esecuzione, altrimenti il peso o condizione si reputerebbe non iscritto, secondo l' art. 900 c. c. = *816 ll. cc.*, di cui spiegammo la disposizione e gli effetti nel tomo precedente, cap. 1.º, sez. III.

SEZIONE V.

Disposizioni comuni alle diverse donazioni fatte a contemplazione del matrimonio, o alla maggior parte di esse.

SOMMARIO.

744. *Le donazioni in contemplazione del matrimonio non sono rivocabili per causa d' ingratitudine.*

745. *Fatte col contratto di matrimonio, non possono impugnarsi sotto pretesto di mancanza di accettazione.*

746. *Ogni donazione fatta a contemplazione del matrimonio divien caduca se il matrimonio non segua.*

747. *È rivocata di pieno dritto, come le altre donazioni, per sopravvegnenza di figli.*

748. *L' adozione di un figlio non la rivoca.*

749. *Quelle fatte ai termini degli art. 1082, 1084 e 1086 c. c. divengono caduche se il donante sopravviva al donatario e di lui discendenza nata dal matrimonio.*

750. *Gli eredi del donatario i quali pretendono i beni del loro autore, debbono provare che questi sia sopravvissuto al donante. Ciò che abbia luogo nel caso in cui l' uno o l' altro disparisse senza dar nuove di sè.*

751. *Tutte queste donazioni al tempo dell' apertura della successione del donante, sono riducibili alla proporzione di quanto ei poteva disporre.*

752. *La quota de' beni di cui potè disporre il donante si determina secondo la legge in vigore nel giorno della donazione irrevocabile, quantunque l' effetto di siffatta donazione fosse riportato al tempo della sua morte : giurisprudenza.*

753. *Da questa legge puranche vien regolato ciocchè il donatario potè ricevere dal donante.*

744. Come già dicemmo, le donazioni fatte a contemplazione del matrimonio con contratto nuziale o con un atto separato non sono rivocabili per causa d'ingratitudine del donatario, art. 959 c. c. = *884 ll. cc.* Sovente son desse la causa del matrimonio, e la speranza del consorte e della sua famiglia non deve esser delusa per effetto de' torti del donatario verso il donante.

745. Fatte per contratto di matrimonio, non possono impugnarsi, nè dichiararsi nulle sotto pretesto di mancanza di accettazione espressa (art. 1087 c. c. = *1042 ll. cc.*)

746. Ma si considerano fatte tutte sotto la tacita condizione del matrimonio a contemplazione del quale ebbero luogo, in guisa che son caduche se questo matrimonio non segua (art. 1088 c. c. = *1043 ll. cc.*), ancorchè il donatario si maritasse immediatamente con altra persona. È non devesi distinguere se la donazione sia stata fatta col medesimo atto di matrimonio o con un atto separato, ciocchè permette di supporre l' art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.* riguardo alle donazioni tra vivi di beni presenti: basta che sia stata fatta a contemplazione del matrimonio del donatario colla tale persona.

747. Son tutte rivocate di pieno dritto se sieno state fatte da una persona non avente allora figli legittimi, e che ne abbia avuto uno di tal qualità, o per legittimazione di un figlio naturale, se sia nato dopo la donazione. In somma l' art. 960 c. c. = *885 ll. cc.* è interamente loro applicabile.

748. L'adozione di un figlio non le rivoca, del pari che non rivoca alcun' altra donazione: soltanto può dar luogo alla riduzione anche delle donazioni anteriori tra vivi e de' beni presenti, per somministrare la riserva, cui ha dritto un figlio adottivo ugualmente che un figlio legittimo; art. 350, 913, 921 e 922 c. c. = *274*, *829*, *838 e 839 ll. cc.* insiem combinati.

Noi spiegammo bastantemente tal punto, ed altri analoghi, nel tomo III, trattando *dell' Adozione.*

749. E le donazioni fatte ad uno degli sposi (1), ai termini degli art. 1082, 1084 e 1086 c. c. = *1038 e 1040. ll. cc.*, divengono caduche se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla di lui discendenza; art. 1089 c. c. = *1044. ll. cc.*

Questo art. 1089 fu precedentemente applicato a ciascuna delle tre specie di donazioni che abbraccia, e noi dimostrammo puranche in qual senso debba intendersi la parola *discendenza* che vi è usata.

Dicemmo similmente che la premorienza dello sposo o degli sposi donatarii rende caduca la donazione, se ne sia stato ristretto il beneficio unicamente alle loro persone con una clausola del contratto di matrimonio.

L'adozione di un figlio fatta dal donatario non impedirebbe la caducità pronunziata da questo ar-

(1) O a tutti e due; art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*

ticolo, attesochè l'adottato, sebbene abbia sull'eredità dell'adottante i medesimi dritti che se fosse legittimo (art. 350 c. c. = *274 ll. cc.*), non è nato tuttavolta dal matrimonio a contemplazione del quale la donazione fu fatta, e neanche può esser compreso sotto il nome generico di *discendenza* (1).

750. L'art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* dice che le donazioni fatte a'termini degli art. 1082, 1084 e 1086 c. c. = *1038 e 1040 ll. cc.* divengono caduche, *se il donante sopravvive allo sposo donatario ed alla sua discendenza;* ma non segue da ciò che gli eredi del donante, per impedire di passare i beni nelle mani degli eredi del donatario, eccetto i suoi discendenti nati dal matrimonio, debbano provare che il loro autore sia sopravvissuto a lui nonchè alla sua discendenza; ciocchè nel caso di assenza di uno o dell'altro lo assoggetterebbe ad una pruova sovente assai difficile a somministrarsi. Al contrario spetterebbe a coloro i quali pretendessero i beni come essendo stati raccolti dal donatario o da uno de'discendenti del matrimonio, e che volessero esercitare i suoi dritti a tale riguardo, il provare che il donatario o il suo discendente sia sopravvissuto al donante. La donazione era fatta sotto la condizio-

(1) *V.* sopra un caso che ha qualche analogia, quello di donazione con istipulazione del dritto di riversione, quanto fu da noi detto nel tomo III, no. 320, ove riferiamo un arresto della Corte di cassazione, conforme a tale dottrina.

ne di sopravvivenza del donatario o della sua discendenza, come un legato è fatto colla condizione di sopravvivenza del legatario (art. 1039 c. c. = *994 ll. cc.*) ; e quindi nello stesso modo che gli eredi del legatario i quali pretendessero che il loro autore raccolse il dritto sarebbero obbligati di provare che egli sopravvisse al testatore, così gli eredi del donatario, tranne i suoi discendenti nati dal matrimonio a cui contemplazione la donazione fu fatta, son tenuti di provare che il loro autore la raccolse, e perciò che sopravvisse al donante (1).

Ecco la regola, perchè i beni sono sempre in mano di quest'ultimo finchè non sia morto ; e come il dicemmo nel tomo I.o parlando *degli assenti*, n.o 543 e 544, se il donante scomparve, e la sua esistenza non sia conosciuta al momento della morte del donatario il quale non lasciò figli o discendenti del matrimonio, i beni donati debbono rimanere, sino alla dichiarazione di assenza o sino alla pruova della premorienza del donante, in potere de' suoi eredi. Ma in conseguenza della dichiarazione di assenza del donante, la quale dichiarazione gli eredi del donatario premorto avrebbero dritto di dimandare in virtù dell' art. 123 c. c. = *129 ll. cc.*, decorsi i termini stabiliti dalla legge, questi eredi potrebbero ottenere, in conformità di tale medesimo articolo, la provvisio-

(1) Tale è la dottrina da noi insegnata nel tomo VII, n°. 49, contro quella di Chabot de l' Allier.

nale immissione in possesso de' beni compresi nella donazione, col peso di prestar cauzione pel caso in cui il donante assente ricomparisse o desse notizie di sè.

Che se fosse scomparso il donatario senza dar sue notizie e senza che a morte del donante vi esistessero figli o discendenti nati dal matrimonio, i suoi eredi, a qualsivoglia epoca reclamassero i beni donati, dovrebbero provare che il loro autore esisteva nel momento della morte, poichè era questa la condizione sotto la quale poteva raccoglierli e loro trasmetterli. Questo è il caso espressamente preveduto e regolato dall' art. 135 c. c. = *141 ll. cc.*

751. Tutte le donazioni fatte agli sposi col loro contratto di matrimonio sono riducibili alla porzione di cui la legge permetteva al donante di disporre, nel tempo dell' apertura della costui successione; art. 1090 e 920 c. c. = *1045 e 837 ll. cc.*

752. Ciò tuttavolta non vuol dire che la sola legge in vigore in tempo della morte del donante regoli la quota di cui potè egli disporre; imperocchè circa alle donazioni irrevocabili da lui fatte, la legge del giorno del contratto è quella la quale ne determina l' estensione, quantunque l' effetto della donazione fosse riportato alla morte del donante. Una nuova legge non potè voler alterare gli effetti di un contratto, di un atto irrevocabile, altrimenti riagirebbe sopra dritti realmente acquistati, benchè per un dato avvenimento

questi dritti possano non avere effetto. Tali quali sono, debbono essere conservati in tutta la loro integrità.

In guisa che se una nuova legge, vigente la quale sia morto il donante abbia diminuito la facoltà di disporre, le donazioni irrevocabili, e per conseguenza le sostituzioni contrattuali, da lui fatte sotto l'impero di una legge precedente, la quale autorizzava disposizioni più estese, debbono ricevere la loro esecuzione in proporzione di ciò che sarebbesi validamente donato se l' antica legge fosse stata tuttavia in vigore all' istante di sua morte, e riguardato il numero e la qualità di eredi aventi dritto a riserva da lui lasciati.

Ciò fu da noi stabiliio nel tomo I.° n.i 56 e 57, e nel tomo precedente, n.o 315 a 318 inclusivamente. La giurisprudenza confermò siffatta dottrina, che è puranche quella di Grenier, Delvincourt e parecchi altri interpetri del Codice.

In tal modo, per esempio, la Corte di cassazione giudicò co' suoi arresti de' 18 maggio 1812 (1) e 9 luglio del medesimo anno (2), confermando due decisioni della Corte di Parigi, che una donazione scambievole (sebbene non avesse effetto che a morte del donante) non andava soggetta a riduzione a vantaggio degli ascendenti, perchè era stata fatta prima della pubblicazione del Codice

(1) *Sirey*, 13, 1, 12.
(2) *Sirey*, *ibid.* 1, 29;

civile, e sotto l'impero di una legge la quale non accordava loro alcuna riserva, quantunque il donante fosse morto dopo il Codice.

E più specialmente ancora, le istituzioni contrattuali fatte anteriormente al Codice da persone morte vigente il Codice, furono giudicate di dover produrre i loro effetti per tutti i beni di cui il donante poteva disporre all'epoca del contratto (1).

753. La legge in vigore all'epoca del contratto è quella puranche che regola ciò che il donatario potè ricevere dal donante.

CAPITOLO IX.

Delle disposizioni tra coniugi, sia col contratto nuziale, sia durante il matrimonio.

SOMMARIO.

754. *Divisione del capitolo.*

754. Vedremo in una prima sezione quali disposizioni i coniugi possano fare a vantaggio l'un dell'altro, sia col contratto di nuziale, sia du-

(1) Decisione della Corte di Torino del 15 marzo 1806, *Sirey* 6, 2, 457. Decisione della Corte di Parigi del 27 maggio 1807, *Sirey* 7, 2, 693, la quale giudicò che una donazione del 1778, essendo morto il donante vigente il Codice, non dovea soffrire riduzione che nella proporzione stabilita dall'art. 298 della consuetudine di Parigi, e nei casi soltanto in cui coloro cui spetta la legittima non trovassero nei beni lasciati dal donante come investirsi della legittima ad essi attribuita dalla surriferita consuetudine.

vante il matrimonio, e gli effetti di queste disposizioni; in una seconda, quale sia la porzione di cui i potettero disporre l'uno a favore dell'altro.

SEZIONE PRIMA.

Quali disposizioni i coniugi possano fare l'uno a vantaggio dell'altro, sia col contratto nuziale, sia durante il matrimonio, ed effetti di queste disposizioni.

SOMMARIO.

Delle donazioni fatte fra coniugi per contratto di matrimonio, e de' loro effetti.

755. *I coniugi possono in generale farsi quelle donazioni che loro piaccia; testo dell' art. 1091.*

756. *La donazione tra vivi di beni presenti fatta tra coniugi, per contratto di matrimonio, non si reputa fatta sotto la condizione di sopravvivenza del donatario.*

757. *Ma siffatta condizione può essere stipulata: suoi effetti.*

758. *Effetto della riserva di poter disporre di una cosa compresa nella donazione di beni presenti fatta tra coniugi col contratto di matrimonio.*

759. *Donazione di beni futuri, o di beni presenti e futuri comulativamente; testo dell' art. 1093 c. c.*

760. *Sviluppamenti.*

761. *Non bisogna confondere la donazione di cose particolare colla donazione di beni presenti e futuri cumulativamente.*

762. *Queste donazioni possono essere scambievoli o reciproche.*

763. *Non è necessario a tal uopo che sieno di quote uguali, ed una può essere in usufrutto, l' altra in proprietà.*

764. *Se i due coniugi periscano nello stesso infortunio, senza che si possa conoscere chi sia sopravvissuto, la donazione, semplice o reciproca, è caduca.*

765. *Donazioni fatte dal minore al suo coniuge nel contratto di matrimonio; testo degli art. 1095 , 1309 e 1398 c. c.*

766. *Le donazioni di cui si tratta in questo paragrafo non possono impugnarsi sotto pretesto di mancanza di accettazione.*

767. *Esse sono nulle se il matrimonio non si effettua.*

768. *Ma non sono nè rivocate, nè rivocabili per causa d' ingratitudine, anche nel caso di separazione personale; rimessione.*

769. *Non divengono caduche colla morte del donante;* secus *circa alla morte civile del donatario.*

§. II.

Delle donazioni tra coniugi fatte durante il matrimonio, e de' loro effetti.

770. *I coniugi possono eziandio vantaggiarsi durante il matrimonio, anche con donazioni fatte per atto tra vivi; ma queste donazioni sono sempre rivocabili.*

771. *La moglie può rivocare quelle da lei fatte, senza aver bisogno di autorizzazione.*

772. *Queste donazioni non son rivocate per sopravvegnenza di figli.*

773. *Non possono i coniugi farsi alcuna disposizione scambievole e reciproca con un solo e medesimo atto.*

774. *Queste donazioni fatte con atto tra vivi han bisogno di essere accettate come ne' casi ordinarii di donazioni fuori contratto di matrimonio.*

775. *Esse posson farsi anche con atto tra vivi a titolo universale, de' beni che il donante lascerà a morte sua.*

776. *Allora non avvi alcun dubbio che esse sieno caduche per la premorienza del donatario, come lo sarebbe una istituzione di erede o un legato.*

777. *Avvi maggior dubbio allorchè la donazione sia di beni presenti.*

778. *Talune differenze tra queste due specie di donazioni.*

779. *Come possano essere rivocate le une e le altre: rimessione.*

§. I.

Delle disposizioni fatte fra coniugi per contratto di matrimonio, e de' loro effetti.

755. Secondo l' art. 1091 c. c. = *1046 ll. cc.*, « gli sposi possono per contratto di matrimonio « farsi reciprocamente, o l' uno de' due all' altro, « le donazioni che vogliono, sotto le modificazio- « ni qui appresso indicate. »

756. Qualunque donazione tra vivi di beni presenti fatta fra sposi per contratto di matrimonio non si presume fatta sotto la condizione della sopravvivenza del donatario, se questa condizione non è formalmente espressa; ed è sottomessa a tutte le regole e forme prescritte per queste specie di donazioni (art. 1092 c. c. = *1047 ll. cc.*), cioè alle regole del capitolo precedente, alle regole delle donazioni tra vivi di beni presenti fatte agli sposi da terzi, e per conseguenza alle regole generali delle donazioni fatte a tal titolo, come è detto nell' art. 1081 c. c. = *1037 ll. cc.*, ma non assolutamente a tutte le regole prescritte per queste specie di donazioni; giacchè l' art. 947 c. c.= *871 ll. cc.* confrontato coi quattro precedenti dilegua a tal riguardo ogni dubbio.

E come donazione di beni presenti, essa non si reputa fatta sotto la condizione di sopravvivenza dello sposo donatario; può anche sembrar superfluo l' averne formata la materia di una disposizione

speciale, ma ciò per dinotare una opposizione colle donazioni dell' art. 1095 c. c. = *1048 ll. cc.*, che si reputano fatte sotto la condizione di sopravvivenza del donatario. Si volle prevenire la supposizione che il donante di beni presenti si consideri di aver voluto, come lo sposo donante di beni futuri, o de' beni presenti e futuri cumulativamente, preferir sè stesso ai figli del matrimonio, e specialmente la supposizione vieppiù verisimile che volle preferir sè stesso agli altri eredi del coniuge donatario.

757. Del resto se la condizione di sopravvivenza dello sposo donatario fosse apposta nel contratto, importerebbe molto l' esaminare in quale spirito sia stata conceputa: se colla mira di rendere la donazione come fatta sotto una condizione sospensiva e come per produrre i suoi effetti sol quando il donatario sopravvivesse al donante; o pure se sia stata conceputa nello spirito di una stipulazione del dritto di riversione, nel caso che il donante sopravvivesse al donatario.

Nel tomo precedente (1) stabilimmo che anche nel primo caso la donazione è tra vivi, ma che il suo effetto rimane nondimeno sospeso finchè l'avvenimento si verifichi. Essa è irrevocabile, e per conseguenza non è una donazione a causa di morte.

Ed ecco le differenze: se la condizione sia sospensiva, il donante conserva la proprietà de' beni,

—

(1) N.° 480.

in guisa che neppure ha bisogno di riserbarsene l' usufrutto; e spetterà a coloro i quali pretenderanno che la condizione siasi verificata, il provare che effettivamente il donatario sia sopravvissuto al donante; talchè se i due coniugi sieno periti nel medesimo infortunio, senza che si possa dimostrare che sia sopravvissuto il donatario, la donazione non avrà effetto per mancanza di pruova dell' adempimento della condizione.

All' opposto se la donazione sia stata fatta sotto condizione risolutiva, o, in altri termini, con istipulazione del dritto di riversione pel caso della premorienza del donatario, o di sopravvivenza del donante, poco importa, il donatario diviene proprietario immediatamente, ed il donante ha bisogno di riserbarsi l' usufrutto se intenda conservare il godimento de' beni. Coloro dunque i quali pretenderanno che la donazione sia stata risoluta, dovranno provarlo; allora se i due coniugi sien periti nel medesimo infortunio, senza che si possa stabilire che il donante sia sopravvissuto al donatario, il regresso non avrà luogo. In fatti le presunzioni di sopravvivenza, desunte dall' età o dal sesso, neanche sarebbero di alcuna considerazione in tal caso (1).

Gli effetti del dritto di riversione, se sia veramente un dritto di riversione quello contenuto

---

(1) *V.* tomo VI; n.[i] 49 e 50.

nella condizione, sono regolati dall'art. 952 c. c.= *877 ll cc.* (1).

758. Se lo sposo donante si avesse riservata la facoltà di disporre di una cosa compresa in questa donazione di beni presenti, fatta altronde puramente e semplicemente, e fosse morto prima del donatario senza di averne disposto, non vi sarebbe il menomo dubbio che la cosa appartenesse al coniuge donatario; imperocchè l'art. 947 c. c. = *871 ll. cc.* fa eccezione all'art. 946 c. c. = *870 ll cc.* per le donazioni mentovate nel capitolo VIII e IX del presente titolo, in conseguenza per quelle di cui si tratta. D'altra parte l'art. 1092 c. c. = *1047 ll. cc.* la sottopone « a tutte le regole e for- « me prescritte *di sopra* per tali donazioni; » e s'intendono con ciò le regole e forme di donazioni simili contenute nel capitolo precedente: or l'art. 1086 c. c. accorda espressamente al donatario la cosa di cui si tratta.

Ma se il coniuge donatario sia morto prima del donante, la cosa sulla quale cade la riserva appartien forse agli eredi di quest'ultimo, in conformità dell'art. 946 c. c. = *870 ll. cc.*, e sia che lo sposo donatario avesse lasciato figli del matrimonio, sia che non ne avesse lasciato?

Se la donazione si fosse fatta da un terzo, sarebbe stata caduca, rispetto a questa cosa, per

(1) Furono da noi spiegati nel tomo precedente, cap. IV, sez. 3. §. 3.

la premorienza del coniuge donatario e della sua discendenza nata dal matrimonio, giusta gli art. 1086 e 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* insiem combinati, e secondo quanto fu da noi detto nel capitolo precedente. Or l' art. 1092 c. c.=*1047 ll. cc.* dopo di aver detto che la donazione di beni presenti fatta fra coniugi col contratto di matrimonio non si reputa fatta sotto la condizione di sopravvivenza del coniuge donatario, se tal condizione non sia espressa, soggiunge « che sarà soggetta a tutte le *rego-* « *le* e forme prescritte di sopra per tali donazioni; » dunque l' oggetto della riserva è sottoposta alla caducità, anche nella supposizione più favorevole agli eredi del donatario, cioè che la donazione di cui si tratta è retta dalle regole del capitolo precedente sulle donazioni fatte a questo titolo da terzi, poichè se si applicassero le regole del dritto comune, la cosa si reputerebbe puranche non essere stata compresa nella donazione, e sebbene il donante fosse morto il primo senz' averne disposto, questa cosa apparterrebbe pure ai suoi eredi,; art. 946 c. c. = *870 ll. cc.*

Ma la caducità risulterà forse dalla premorienza del coniuge donatario, o pur soltanto dalla premorienza del donatario e de' figli nati dal matrimonio? L' art. 1093 c. c. = *1048 ll. cc.* dice che le donazioni di beni futuri o di beni presenti e futuri cumulativamente fatte tra sposi col contratto di matrimonio non sono trasmessibili ai figli nati dal matrimonio, in caso di morte del coniu-

ge donatario prima del coniuge donante: or la riserva di cui si tratta dà effettivamente alla donazione, circa alla cosa su cui cade tale riserva, le caratteristiche della disposizione a causa di morte: ciò si scorge evidentemente nel caso in cui la donazione sia fatta da un terzo, poichè allora diviene applicabile la caducità stabilita dall'art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* (1). Essa deve dar dunque le stesse caratteristiche, e pel medesimo oggetto, alla donazione fatta tra coniugi, con la differenza nondimeno tra l'una e l'altra che, quando si tratti di una donazione fatta da un terzo, la caducità non cade sull' oggetto della riserva se non qualora il donante sia sopravvissuto al donatario e di lui discendenza (nata dal matrimonio), in conformità dell'art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* confrontato coll'art. 1086 c. c.; mentrechè nel caso in cui sia fatta fra sposi, siccome non si presume di aver luogo eziandio a vantaggio de' figli del matrimonio, la caducità riguardo a questa cosa risulterebbe dalla premorienza del solo coniuge donatario, per applicazione degli art. 1092 e 1093 c. c. = *1047 e 1048 ll. cc.*, messi a confronto cogli art. 1086 e 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* In guisa che anche quando vi fossero figli del matrimonio, questi figli non potrebbero pretendere la cosa, nè in virtù di un dritto proprio, che sarebbe

(1) Nondimeno a questa cosa, soltanto, giusta quanto fu da noi di sopra dimostrato, n.¹ 136 (nel corso della discussione) e 740-3.°

lor negato dall' art. 1093 c. c. = *1048 ll. cc.*, nè come eredi del donatario, il quale si reputerebbe di non averla mai avuta ne' suoi beni, e per conseguenza di non averla potuto loro trasmettere. Essi non potrebbero pretendervi dritto che in qualità di eredi del donante.

759. Gli sposi possono puranche farsi donazioni di beni futuri, o di beni presenti e futuri, sieno semplici, sieno scambievoli o reciproche.

L' art. 1093 c. c. = *1048 ll. cc.* ne regola gli effetti in questi termini:

« La donazione di beni futuri, o de' beni presenti
« e futuri fatta fra sposi nel contratto di matri-
« monio, o che sia semplice o che sia reciproca,
« soggiace alle regole stabilite nel capitolo prece-
« dente per le donazioni simili che si fanno loro
« da un terzo, tranne soltanto che non si tras-
« mette ai figli nati dal matrimonio, nel caso che
« il coniuge donatario premuoia al coniuge do-
« nante ».

Si suppose con ragione che lo sposo donante preferisce che i suoi figli raccolgano piuttosto i suo beni in qualità di eredi che come donatarii. Essi troveranno questi medesimi beni nella sua eredità se vogliano raccoglierli qualificandosi suoi eredi, e naturalmente è suo voto che assumano simile titolo, almeno col beneficio dell' inventario.

Del resto il donante potrebbe, con una espressa dichiarazione nel contratto, far puranche la donazione a favore de' figli da nascere dal matrimo-

nio, nel caso di premorienza del suo coniuge donatario. Siffatta clausola non è in alcun modo contraria alla legge, poichè la legge medesima la supplisce in queste donazioni allorchè sieno fatte da terzi.

760. Nel caso di donazione di beni presenti e futuri cumulativamente, se lo stato de' debiti e pesi del donante esistenti nel giorno del contratto non sia stato unito alla minuta dell'atto, è chiaro che la donazione non può valere che come istituzione contrattuale, giusta gli art. 1093 e 1085 c. c. = *1048 e 1041 ll. cc.* insiem combinati, e giusta quanto fu detto nel capitolo precedente, sez. IV.

Ove questo stato fu unito, allora la donazione è regolata dall'art. 1084 c. c. = *1040 ll. cc.*, se il coniuge donatario sopravviva al coniuge donante; ma nel caso contrario si eleva la quistione se i figli del matrimonio, ed anche gli eredi, chiunque essi sieno, del donatario premorto, abbiano acquistato un dritto in proprio nome ai beni presenti. Siccome è simile a quella che ha luogo, nel medesimo caso, allorchè la donazione sia stata fatta da un terzo, poichè l' art. 1093 c. c. = *1048 ll. cc.* si riferisce per tal riguardo alle disposizioni del capitolo precedente, deve risolversi coi medesimi principii. In conseguenza, giusta quanto fu detto su tal caso, la donazione è caduca per effetto della premorienza del coniuge donatario. L' art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* combinato col succitato articolo 1093, è ugualmente applicabile, nel senso che, in confor-

mità di quest' ultimo, la sola premorienza del coniuge donatario rende caduca la donazione, salvo quando fosse stata fatta puranche a favore dei figli o discendenti da nascere dal matrimonio, nel caso della premorienza del coniuge donatario, in cui di fatti la loro premorienza soltanto renderebbe puranche caduca la donazione.

761. Bisogna del resto rammentarsi quanto fu detto più innanzi, che per donazione di beni presenti e futuri cumulativamente, in tutto o in *parte*, non si comprende la donazione di corpi certi e determinati, o di somme anche pagabili a morte del donante, unita ad una donazione di tutti i beni futuri, o di una quota di questi beni: sarebbe una mera donazione tra vivi di beni presenti per questi corpi certi o queste somme, e verrebbe regolata, circa a tali oggetti, dagli art. 1092 e 1081 c. c. = *1047 e 1037 ll. cc.* insiem combinati; cioè dalle massime generali delle donazioni fatte a questo titolo.

762. Gli sposi, abbiam detto, possono farsi donazioni scambievoli o reciproche, non che donazioni semplici, e nel caso di donazione scambievole, la caducità riguardo ad una delle parti non impedisce che la donazione produca i suoi effetti riguardo all' altra, cioè a vantaggio del supersiste.

È dessa una specie di contratto aleatorio, un vantaggio assicurato al coniuge che sopravviverà su i beni di quello che morrà il primo.

763. Ed a tal uopo non è necessario che la do-

nazione sia di quote uguali: uno degli sposi può donare il terzo o il quarto soltanto de' beni che lascerà al tempo di sua morte, mentrechè l'altro può donare la totalità, salvo la riduzione se avvi luogo: uno può donare in piena proprietà o in nuda proprietà, e l'altro in usufrutto soltanto.

764. Se i due coniugi periscano nel medesimo infortunio senza che si possa riconoscere chi sia sopravvissuto all'altro, la donazione semplice o reciproca è caduca. Non possonsi applicare le presunzioni di sopravvivenza desunte dall'età o dal sesso, stabilite dagli art. 721 e 722 c. c. = *642 e 643 ll. cc.* (1).

Le donazioni di cui si tratta reputansi fatte sotto la condizione di *sopravvivenza del donatario* e non con istipulazione di un *dritto di riversione*, pel caso di sopravvivenza del donante, lo che è ben differente. Divengon dunque *caduche* se non sia provato che il donatario sopravvisse al donante, come chiaramente il dimostrammo nel tomo VI (2) contra l'opinione di Chabot de l'Allier, esaminando l'art. 1089 c. c.=*1044 ll. cc.* riguardo a tal punto.

765. « Il minore non può per contratto di ma-
« trimonio donare all'altro sposo, tanto per dona-
« zione semplice, quanto per donazione recipro-
« ca, se non coll' approvazione ed assistenza di co-

(1) *V.* tomo VI, n.° 48 e seguenti, ove spieghiamo i motivi di siffatta opinione.

(2) *Ibid.*

« loro, il cui consenso è richiesto per render va-
« lide le sue nozze: con tal consenso potrà dona-
« re tuttociò che la legge permette allo sposo
« maggiore di donare all' altro coniuge; art. 1095
« c. c. = *1049 ll. cc.* »

« Egli non può restituirsi in intero contra le
« convenzioni stipulate nel suo contratto di matri-
« monio, quando sono state fatte coll'approvazione
« e l'assistenza di coloro, il consenso de' quali è
« necessario per render valido il matrimonio; art.
« 1309 c. c. = *1263 ll. cc.* »

Finalmente, secondo l' art. 1398 c. c. = *1352 ll. cc.*, « il minore capace a contrar matrimonio è
« pure capace a prestare il consenso per tutte le
« convenzioni delle quali è suscettivo questo con-
« tratto: e le convenzioni e donazioni che abbia
« fatte, sono valide, purchè nel contratto sia stato
« assistito dalle persone il cui consenso è necessa-
« rio per render valido il matrimonio. »

Come si scorge, queste tre disposizioni sono presso a poco dettate nei medesimi termini: in tutte si richiede l' *assistenza* al contratto di coloro il cui consenso è richiesto per la validità delle nozze; e nei due primi si richiede anche la loro assistenza E la loro approvazione. Sembrerebbe, stante ciò, che l' approvazione data con atto, per esempio con deliberazione del consiglio di famiglia prodotta dal tutore, non soddisferebbe il voto della legge; che vi bisognerebbe un' assistenza personale di coloro il cui consenso è richiesto per rendere valido il ma-

trimonio, poichè altrimenti questa parola *assistenza* sarebbe una vana ridondanza, se tale assistenza non fosse altro che l' approvazione de' parenti e seco si confondesse.

Noi il credevamo qualche anno addietro (1), e sostenevamo allora che il minore il quale non ha ascendenti, e non può in conformità dell' art. 160 c. c.=*174 ll. cc.*, maritarsi se non col consenso di un consiglio di famiglia, composto nel modo come è prescritto dagli art. 407 e 408 c. c. = *328 e 329 ll. cc.*, non era spesso *assistito*, nel suo contratto di matrimonio, che dal suo tutore, munito di una deliberazione di questo consiglio di famiglia che regolava le clausole e le convenzioni matrimoniali; ma che ciò ci sembrava irregolare, attesochè la legge, oltre dell'approvazione delle persone il cui consenso è richiesto per la validità del matrimonio, richiede l' *assistenza* di queste medesime persone, e non soltanto l' assistenza del tutore, il cui consenso non è quello richiesto per la validità del matrimonio. Desumevamo dunque da ciò che l'*assistenza* nello spirito di questi diversi articoli, non era la medesima cosa che il consenso non dato personalmente da coloro i quali debbono acconsentire al matrimonio.

Ma avendo di poi più posatamente riflettuto sopra tal punto, abbandonammo siffatta opinione,

---

(1) Tal' era in fatti l'opinione da noi emessa nel nostro *Trattato de' contratti e delle obbligazioni in generale, secondo il Codice civile*, stampato nel 1819 e 1820, tomo I., n°. 215.

considerando che la legge non avea potuto volere se non ciò che era utile e praticabile: or la deliberazione di un consiglio di famiglia regolarmente composto, e copia della quale vien consegnata al tutore, deve soddisfare all'oggetto che essa propose. Il minore allora è effettivamente *assistito* nel suo contratto nuziale, da coloro il cui consenso richiedesi per la validità del matrimonio; è assistito, è vero, non dalla loro *presenza*, ma dal loro consiglio, da' loro lumi, dalla loro approvazione; e probabilissimamente la legge non volle di vantaggio.

Supponghiamo in fatti che un minore di Parigi vada a maritarsi a Marsiglia ove dimora la sua futura sposa: puossi voler mai che i suoi parenti o affini i quali debbono comporre il consiglio di famiglia il cui consenso è richiesto per la validità delle sue nozze, si trasferiscano in Marsiglia per assisterlo *di persona* nel distendersi le sue convenzioni matrimoniali, e che il giudice di pace del suo comune, presidente di dritto di tal consiglio, vi si trasferisca similmente? Tale non potè essere l' idea della legge. Supponghiamo puranche che due minori del medesimo comune, nessun de' quali abbia alcun ascendente, si uniscano in matrimonio: è chiaro che il giudice di pace, presidente di entrambi i consigli di famiglia, non può assisterli nel loro contratto nuziale, poichè essi hanno interessi opposti, e quando i minori hanno interessi contrarii devonsi lor nominare tutori speciali: ciò è spe-

cialmente prescritto nelle divisioni (art. 838 c. c.= *757 ll. cc.*); e tuttavolta non avvi consiglio di famiglia senza un giudice di pace che lo presegga.

Per la validità dunque delle convenzioni matrimoniali non è rigorosamente richiesta l' assistenza di tal magistrato in persona nel contratto di matrimonio, nè quella de' parenti, ma soltanto un' assistenza risultante da deliberazione del consiglio di famiglia regolarmente presa; e siffatta deliberazione è per altro necessaria. L'approvazione e l'assistenza del tutore non regolarmente autorizzato non basterebbe per obbligare il minore nelle donazioni che avesse fatto al suo coniuge; soltanto il minore dovrebbe ammettere le convenzioni nel loro complesso, o farle rescindere per intero: non potrebbe scinderle, perchè sarebbero reputate le une la condizione delle altre.

766. Le donazioni di cui si tratta in questo paragrafo non possono essere impugnate, nè dichiarate nulle sotto pretesto della mancanza di accettazione; art. 1087, 1092 e 1093 c. c. = *1042, 1047 e 1048 ll. cc.* insiem combinati.

767. Esse sono nulle se il matrimonio non segua; art. 1088 ed anche 1092 e 1093 c. c.=*1043, 1047 e 1048 ll.* cc.

768. Ma non sono nè rivocate, nè rivocabili per causa d' ingratitudine, ancorchè fosse stata pronunziata la separazione personale sulla dimanda del coniuge donante (1).

(1) *V.* tomo II, n.° 629 e seguenti, e tomo precedente n.° 572.

769. Queste donazioni di beni futuri non divengono caduche per la morte del donante, perchè sono irrevocabili, e non potè costui col suo delitto distruggerne gli effetti; ma le riguardiamo come caduche se il coniuge donatario sia colpito da morte civile nel tempo che trapassa il donante, attesochè sono donazioni di eredità, e per raccogliere una eredità bisogna essere capace nel tempo in cui ad essa si fa luogo (1). Che importa che sieno irrevocabili? esse son sempre la donazione dell'eredità pel tempo in cui vi si farà luogo, e per conseguenza il donatario deve poter essere erede a quell'epoca. Sono irrevocabili nel senso soltanto che il donante non può più dispórre dei beni a titolo gratuito, se non per somme modiche (art. 1083 e 1093 c. c. = *1039* e *1048 ll. cc.* insiem combinati), ma sono sempre istituzioni di erede. Sotto tal rapporto devonsi assimilare ai legati, e tal è la comune opinione.

§ II.

Delle donazioni fatte fra coniugi durante il matrimonio.

770. I coniugi possono puranche vantaggiarsi durante il matrimonio; ma siccome queste donazioni sarebbero talune volte il risultamento della violen-

---

(1) *V.* di sopra i n.[i] 700 e 701.

za e potrebbero esser fatte da un coniuge piuttosto colla mira di riacquistar la pace, che pel solo desiderio di conferire una liberalità al suo consorte, la legge abbenchè le autorizzi, le dichiara tuttavia essenzialmente rivocabili.

Quindi, giusta l'art. 1096 c. c. = *1050 ll. cc.*, qualunque donazione fra coniugi, durante il matrimonio, quantunque si qualifichi per donazione fra vivi, può sempre rivocarsi.

Essa si può rivocare non ostante qualsivoglia rinunzia o dichiarazione a ciò contraria, come i testamenti.

771. La rivocazione può farsi dalla moglie, senza esservi autorizzata dal marito o dal giudice; *ibid.*

772. Queste donazioni non si rivocano per la sopravvegnanza dei figli (*ibid*), quantunque il coniuge donante non avesse ancor figli da tal matrimonio, nè da un precedente nel tempo della donazione (1).

773 « I coniugi, dice l'articolo seguente, durante il matrimonio non possono nè con atto « tra vivi, nè con testamento (2) farsi alcuna donazione scambievole e reciproca con un solo e « medesimo atto. »

(1) *V.* nel tomo precedente, n.° 587, e nel n.° 582 quanto dicemmo sopra il caso di una donazione tra vivi di beni presenti fatta col contratto di matrimonio, allorchè il coniuge donante che non ebbe figli dal matrimonio sia divenuto vedovo, siasi rimaritato ed abbia avuto figli da questa nuova unione.

(2) *Nè con testamento* : il divieto riguardo al testamento non è particolare ai coniugi ; ma è questo il dritto comune ; art. 968 c. c. = *893 ll. cc.*

Ciò dipende da che qualunque liberalità fatta tra coniugi durante il matrimonio è rivocabile; e siccome in una donazione scambievole e reciproca vi sono in talun modo due donazioni, si vollero prevenire le sorprese e la mala fede di uno de' coniugi, il quale avrebbe potùto rivocare all'insaputa dell'altro, quando forse, che anzi quando tutto induce a credere che la liberalità a lui fatta non ebbe luogo se non in considerazione di quella che egli avea fatto da sua banda, e che nondimeno rivocò. Si dovettero dunque prevenire i dubbii che avrebbero potuto elevarsi in simil caso sul punto se l'altra liberalità dovesse rimaner salda (1).

774 Del resto queste donazioni fatte con atto tra vivi han bisogno di essere espressamente accettate, come le donazioni ordinarie; la legge non le esonera da siffatta formalità, come lo fa per quelle che han luogo per contratto di matrimonio; art. 1092, 1093 e 1087 c. c. = *1047*, *1048 e 1042 ll. cc.* insiem combinati.

775. Possono farsi con atto tra vivi, anche a titolo universale de' beni che i coniugi lasceranno a morte loro. La corte di Nancì, e poscia di Cassazione (2), giudicarono in tal senso decidendo che le donazioni tra coniugi durante il matrimonio formano una classe intermedia la quale partecipa della natura delle donazioni tra vivi e delle donazioni a causa di morte, a ragione della rivocabilità;

(1) *V.* di sopra, n°. 9.
(2) *V.* l'arresto del 5 dicembre 1816, *Sirey* 18, 1, 50.

e che un atto formato tra coniugi durante il matrimonio, e rivestito delle forme delle donazioni tra vivi era valido, sebbene non contenesse che disposizioni a causa di morte, e fosse anche qualificato a causa di morte.

La Corte suprema giudicò puranche, con arresto di cassazione (1), che vigente il Codice civile due coniugi han potuto validamente disporre (con atti separati) l' uno a vantaggio dell' altro, in forma di donazione tra vivi, sia de' loro beni presenti, sia de' beni che lasceranno in tempo della loro morte, sino alla concorrenza della porzione disponibile; e che la rivocabilità essenzialmente inerente a queste specie di donazioni dispensa dall'adoprar la forma de' testamenti.

776. Non potrebbe esservi dubbio che queste donazioni di beni futuri divengano caduche colla premorienza del coniuge donatario; giacchè non son altro che istituzioni di erede fatte durante il matrimonio, con facoltà pel donante di rivocarle. Or se quelle stesse che vengono fatte coi contratto di matrimonio, e che, a tal titolo, sono irrevocabili, non possono trasmettersi ai figli nati dal matrimonio, nel caso che il coniuge donatario muoia

(1) Del 22 luglio 1807, *Sirey*, 7, 1, 361.

Avemmo già occasione di citare questi diversi arresti, nel tomo precedente n. 410 in occorrenza di altra quistione.

Ma *V.* tuttavia nel medesimo volume, il n.° 184, riguardo alle donazioni fatte da un coniuge minore al suo consorte con atto tra vivi, durante il matrimonio. Noi vi citiamo diverse decisioni ed autorità pro e contra la validità di siffatte donazioni.

prima del coniuge donante (art. 1093 c. c.= *1048 ll. cc.*), viemaggiormente quelle che son fatte soltanto durante il matrimonio debbono divenir caduche colla premorienza del donatario, quantunque avesse lasciato figli nati dal matrimonio. Queste donazioni sono la donazione di tutto o parte dell' eredità, come quelle che si contenessero in un testamento, ed in generale coi medesimi effetti, ed in conseguenza per poter raccogliere la porzione de' beni donatagli, bisogna che il donatario sussista nel giorno in cui si apre la successione del donante. Sarebbero evidentemente caduche eziandio per effetto della morte civile cui fosse soggetto il donatario nel momento della morte del donante, e lo diverrebbero similmente con quella del donante (1). In somma devesi sotto tal rapporto, ed anche generalmente, considerarle come istituzioni di erede fatte con testamento, poichè con esse si donano soltanto i beni futuri, la successione in tutto o in parte.

777. Verum dubbio potrebbe dunque elevarsi riguardo a queste donazioni circa alla loro caducità per la premorienza del donatario, sebbene abbia lasciato figli del matrimonio; ma non è interamente lo stesso rispetto ad una donazione di beni pre-

(1) Le ll. 13, §. 1, ff. e 24 Cod. *de donat. inter vir. et uxor.* dicevano al contrario che le donazioni fatte tra coniugi non erano caduche per la deportazione del donante, e devenivano anche con ciò irrevocabili. Ma quelle di cui attualmente parliamo non possono avere, sotto tal rapporto, che gli effetti delle disposizioni testamentarie.

senti, per esempio, del tale podere, allorchè il donante non abbia stipulato la condizione di sopravvivenza del donatario, e sia morto senza di aver rivocato la donazione: come nel caso in cui i due coniugi sieno morti nel medesimo infortunio, o ad epoche vicinissime.

Delvincourt e Grenier opinano che le donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio, abbenchè qualificate tra vivi, sien caduche colla premorienza del coniuge donatario, come sono rivocabili colla sola volontà del donante; e questi giureconsulti non distinguono tra quelle de' beni presenti e quelle de' beni futuri. Essi assimilano generalmente tali liberalità, fatte con atto tra vivi, alle donazioni *inter virum et uxorem* de' Romani, che divenivano in fatti caduche colla premorienza del coniuge donatario senz' aver rivocato (1), come le donazioni a causa di morte.

Puossi dire nondimeno che la donazione di beni presenti ha effetto immediatamente, a differenza di quelle di cui abbiam parlato; che essa conferisce al donatario la proprietà delle cose donate, salvo la facoltà pel donante di rivocare la donazione quando

(1) LL. 13 e 32, §. 14, ff. *de donat. inter virum et uxorem*; e l. 6, Cod. del medesimo titolo. Per molto tempo queste donazioni furono anche vietate e riguardate come nulle e di nessun effetto, talchè la proprietà delle cose, ed anche il possesso, restavano in mano del donante; l. 3, §. 10, ff. *eod. tit.* E soltanto in virtù di un senatoconsulto emanato a proposta di Antonino Caracalla (ma sotto suo padre Settimio Severo), e la cui disposizione si rinviene nella legge 32 del medesimo titolo, ebbero esse effetto per la premorienza del coniuge donante senz' aver rivocato.

gli piacesse, anche dopo la morte del donatario; ma che se non l'abbia fatto, la condizione risolutiva non si è verificata, e la donazione produce tutti i suoi effetti. La stessa donazione a causa di morte de' Romani poteva benissimo puranche conferire la proprietà della cosa donata allorchè era con tal mira consegnata al donatario, salvo al donante di domandarla se gli piacesse (1), e la legge 8 ff. *de rebus dubiis*, dice che se due coniugi uno de' quali abbia fatto una donazione all' altro sieno periti nel medesimo infortunio, la donazione è valida, perchè il donante, essendo morto non può chiederne la restituzione: *magis placuit valere donationem, eo maxime quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.* Il donatario adunque era divenuto proprietario, altrimenti gli eredi del donante avrebbero potuto rivendicare la cosa.

Puossi dir puranche che i compilatori del Codice, abbenchè avessero dichiarato sempre rivocabili indistintamente le donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio, quantunque fossero state qualificate tra vivi, non dissero nulladimeno che esse sarebbero caduche per la premorienza del coniuge donatario; e tuttavolta si erano spiegati sulla caducità de' legati per siffatta causa (art. 1039 c. c. = *994 ll. cc.*), su quella delle donazioni di cui si parla negli art. 1082, 1084 e 1086 c. c. = *1038 e 1040*

(1) LL. 2 e 29, ff. *de donat. mort. caus.*

ll. cc: (art. 1089 c. c. = *1044 ll. cc.*), finalmente in questo medesimo capitolo, su quella delle donazioni future, o de' beni presenti e futuri cumulativamente, fatte tra coniugi per contratto di matrimonio (1093 c. c. = *1048 ll. cc.*): donde potrebbe conchiudersi che non vollero estendere ancora questa caducità alle donazioni de' beni presenti durante il matrimonio, forse a ragione della facoltà che ha sempre il donante di rivocarle.

Eravamo da prima (1) propensi a siffatta opinione, ma soltanto per le donazioni de' beni presenti. Ci pareva che il silenzio del Codice su tal punto, quando altronde lo aveva espressamente regolato in altri casi analoghi, e quando erasi eziandio spiegato categoricamente sulla rivocabilità, potesse essere interpretato a favore della validità dell' atto, perchè tuttociò che tende a distruggere l' effetto degli atti è di stretto dritto.

Ma una più matura riflessione dissipò i nostri dubbii, e c' indusse ad opinare che la donazione medesima de' beni presenti sia caduca per la premorienza del coniuge donatario. Il confronto degli art. 1092 e 1093 c. c. = *1047 e 1048 ll. cc.* coll' art. 1096 c. c. = *1050 ll. cc.* richiede siffatta soluzione.

In effetti l' art. 1092 dice che la donazione fra vivi di beni presenti fatta fra sposi per contratto di matrimonio non si presume fatta sotto la condi-

---

(1) *V.* la nota messa sotto il n.° 50 del tomo VI.

zione della sopravvivenza del donatario, se questa condizione non è formalmente espressa: or avvi egli luogo a credere, *e contrario*, che non sia così della donazione fatta tra coniugi *durante il matrimonio*, poichè essendo essenzialmente rivocabile, partecipa della natura delle disposizioni a causa di morte.

Qual'è mai la ragione la quale fa che la donazione tra vivi de' beni presenti per contratto di matrimonio non si reputi fatta sotto la condizione di sopravvivenza del donatario, e per conseguenza che i beni compresi in siffatta donazione appartengono agli eredi di quest'ultimo, chiunque essi sieno? Indubitatamente è la irrevocabilità inerente a siffatta donazione; ma non avendo per nulla tale caratteristica quella fatta durante il matrimonio, gli effetti debbono essere differenti, e quindi la premorienza del donatario deve renderla caduca.

L' art. 1093 c. c. = *1048 ll. cc.* conferma simile opinione; imperocchè se le donazioni fatte ai termini di questo articolo, non ostante la loro irrevocabilità (art. 1083 c. c.=*1039 ll. cc.*) non sono trasmessibili ai figli nati dal matrimonio in caso di premorienza del coniuge donatario prima del coniuge donante, viemaggiormente una donazione sempre rivocabile (art. 1096 c. c.=*1050 ll. cc.*) non deve passare agli eredi, chiunque essi sieno, del coniuge donatario trapassato prima del coniuge donante. Essa è di beni presenti, è vero, come noi il supponghiamo, e per tal caso soltanto può 'a

quistione presentar qualche dubbio; ma siffatta circostanza non le toglie la sua caratteristica di *disposizione* a causa di morte, abbenchè il Codice non riconosca *donazioni* a causa di morte (art. 893 c. c. = *813 ll. cc.*), e per conseguenza la condizione di sopravvivenza del donatario è dunque similmente sottointesa puranche in questa donazione. Per tale ragione probabilissimamente si credè inutile di farne menzione nell' art. 1096 c. c. = *1050 ll. cc.*, in quanto che ciò non poteva esser l'oggetto di dubbio pel caso di donazione di beni futuri, cioè di donazione di tutta o parte dell'eredità del donante.

Infine ciocchè è decisivo è puranche la disposizione dell'art. 1092 c. c. = *1047 ll. cc.*, secondo la quale « la donazione fra vivi de' beni presenti « per contratto di matrimonio è sottoposta a tutte « le regole e forme prescritte di sopra per tali do- « nazioni: » or allorchè in una donazione di siffatta qualità il donante si abbia riservato la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione, e muoia senz' averne disposto, la cosa, come lo dicemmo più innanzi, appartiene al donatario se il medesimo sia sopravvissuto al donante, ma nel caso contrario rimane agli eredi di quest' ultimo, quantunque vi fossero figli del matrimonio. In fatti la donazione, circa a questa cosa, ha il carattere della disposizione a causa di morte, e gli stessi figli del matrimonio non sono chiamati a raccoglierla, nel caso che il coniuge donatario premuoia al

coniuge donante; art. 1093 c. c. = *1048 ll. cc.* imperocchè è indubitato, giusta gli art. 1086 e 1089 c. c. = *1044 ll. cc.* insiem combinati, che nel caso di una donazione fatta da un terzo, di beni presenti, con facoltà pel donante di poter disporre di una cosa compresa nella donazione, la cosa non sarebbe dovuta agli eredi del donatario premorto, eccetto i figli e discendenti del matrimonio: la donazione sarebbe caduca, riguardo a questa cosa, per la premorienza del donatario e della sua discendenza (nata dal matrimonio). E siccome l' art. 1092 c. c. = *1047 ll. cc.* assoggetta la donazione de' beni presenti fatta fra sposi per contratto di matrimonio a regole simili a quelle delle donazioni lor fatte da terzi, e nondimeno anche i figli nati dal matrimonio, giusta l' art. 1093 c. c. = *1048 ll. cc.*, non hanno alcun dritto personale ai beni di cui il donante si avea riservato la facoltà di disporre, per la medesima ragione essi non debbono averne alcuno sui beni donati durante il matrimonio, quantunque donati come beni presenti, poichè il donante *poteva sempre disporne* potendo sempre rivocare la donazione. E ciò è ancor vie meno dubbioso circa ai collaterali del coniuge donatario premorto.

778. Esporremo tuttavolta circa a queste donazioni fatte fra coniugi durante il matrimonio, talune distinzioni tra quelle de'beni presenti e quelle de' beni che il coniuge donante lascerà nel giorno di sua morte.

Per queste ultime non vi possiamo scorgere al-

tro in generale, come lo abbiam detto, che disposizioni testamentarie, abbenchè sien fatte con atto tra vivi; e ciò evidentemente vi scorse la stessa Corte di cassazione, altrimenti non avrebbe deciso di potersi fare questa donazione con atto tra vivi. In conseguenza se il donante sia colpito da morte civile, esse divengono caduche: non ammettiamo in tal caso l'applicazione delle leggi 13, §. 1, ff. 24, Cod. *de. Donat. inter vir. et uxor.*, giusta le quali la deportazione del coniuge donante, lungi di rivocare la donazione da lui fatta al suo consorte, la rendeva al contrario irrevocabile, giacchè nel nostro dritto la donazione *di beni futuri* non può considerarsi che qual donazione dell'eredità; e siccome era rivocabile, poichè ebbe luogo durante il matrimonio, il donante doveva essere anche capace di donare nel momento di sua morte, attesochè sino a quel tempo non erasi spogliato di alcuna cosa. Al contrario le leggi romane disponevano sopra donazioni nelle quali il donante erasi effettivamente spogliato delle cose donate, salvo il dritto di rivocare, ciocchè non avea fatto quando poteva farlo, e salvo la caducità per la premorienza del donatario, il qual caso neppure erasi verificato. Quindi non era stata, nè poteva esser donata in tal modo l'eredità, mentrechè appo noi, giusta la giurisprudenza fondata sull'art. 1096 c. c.=*1050 ll. cc.*, potè esserlo, sebbene con atto tra vivi. È d'uopo dunque di averla potuto lasciare nel momento in cui si apre, quando

la disposizione sia rivocabile, come nella specie. E per tal ragione appunto opiniamo ancora che la donazione sia caduca se il coniuge donatario incorra nella morte civile. Non crediamo che possa esservi dubbio su quest' ultimo punto, e il donante altronde può sempre rivocare.

E poichè bisogna che *il donatario sopravviva al donante* per potergli succedere, del pari che un erede istituito con testamento o un legatario deve essere sopravvissuto al testatore per poter raccogliere l' eredità o il legato, desumiamo da ciò la conseguenza che spetta agli eredi del donatario il provare che il loro autore sia sopravvissuto, e che se i due coniugi perissero nel medesimo infortunio senza che si potesse riconoscere chi sia morto l' ultimo, la donazione sarebbe caduca, non potendosi provare la sopravvivenza del donatario (1), quando anche, giusta le presunzioni di sopravvivenza stabilite negli art. 721 e 722 c. c. = *642 e 643 ll. cc.*, il donatario fosse reputato di esser sopravvissuto, a ragione dell' età o del sesso, imperocchè siffatte presunzioni non sono applicabili che in materia di successione legittima (2). E se la donazione fosse scambievole o reciproca, sarebbe senza effetto da ambedue le parti, per mancanza di siffatta pruova di sopravvivenza.

Ma ove si tratti di una semplice donazione di beni presenti, siccome essa ha effetto immediata-

---

(1) Come lo dimostrammo nel tomo VI, n.° 49 e seguenti.

(2) *V.* tomo VI, n.° 49 e seguenti, innanzi citati.

mente, salva la rivocazione a volontà del donante, e per conseguenza puranche della premorienza del donatario, spetta agli eredi del donante, come nel caso di una donazione fatta con istipulazione del dritto di riversione, il provare che in fatti il donatario sia premorto, o che il loro autore abbia rivocato prima della sua morte.

Siffatta donazione, a differenza di quella di beni futuri, o di tutti o parte de' beni che il donante lascerà nel tempo di sua morte, non diverrebbe nulla per la morte civile del donante: a tal caso noi applicheremmo perfettamente le leggi romane di sopra citate, e con ciò la donazione addiverrebbe anche irrevocabile. Ma la morte civile del donatario non impedirebbe al donante di rivocare, poichè lo può sempre in qualunque specie di donazione fatta fra coniugi durante il matrimonio; art. 1096 c. c. = *1050 ll. cc.*

Nell' insufficienza, diciam meglio, nell' oscurità della legge sugli effetti di queste specie di donazioni, crediamo che siffatte risoluzioni possano essere adottate senza inconvenienti, e che siano quelle le quali possano meglio accordarsi colle massime. Non bisogna perder di mira che queste donazioni escono dalle regole ordinarie, ed è impossibile per conseguenza di determinarne gli effetti giusta i soli rigorosi principii del dritto. Per cui i coniugi opreranno saggiamente prendendo la via del testamento: essi preverranno dubbii sovente imbarazzanti.

779. Non avendo i compilatori del Codice sta-

bilito alcuna regola speciale sui modi con cui il coniuge donante potrebbe rivocare le donazioni da lui fatte al suo consorte durante il matrimonio, con atto tra vivi, è da credersi che intesero di riferirsi a tal riguardo a quelle già da essi dettate per la rivocazione delle disposizioni testamentarie. In conseguenza convien riportarsi a quanto più innanzi dicemmo su tal punto (1). Quindi i testamenti posteriori alla donazione possono rivocarla, e quelli che contenessero disposizioni incompatibili con essa la rivocherebbero similmente in tuttociò che fosse contrario, quantunque non contenessero clausola di espressa rivocazione. Da ciò segue che una donazione universale sarebbe rivocata da un legato universale posteriore, quantunque il testamento non contenesse clausola di formale rivocazione, ammenochè tuttavia non risultasse dal complesso dell' atto, che il testatore intese puranche di far sussistere la donazione, facendo il legato dell' universalità colla mira del caso in cui il donatario non raccogliesse la disposizione fatta a suo vantaggio. Allora vi sarebbe concorrenza.

Tali donazioni son dunque sempre ridotte prima delle donazioni tra vivi irrevocabili, abbenchè queste fossero posteriori.

---

(1) E *V.* anche quanto fu detto a tal riguardo nel tomo precedente, n.° 357 e segnenti.

SEZIONE II.

Della quota de' beni di cui gli sposi possono disporre l'uno a vantaggio dell'altro, sia col contratto nuziale, sia durante il matrimonio.

SOMMARIO.

780. *Osservazioni preliminari.*

§. I.

Della quota disponibile tra coniugi allorchè il donante non lasci figli di precedente matrimonio.

781. *Testo dell' art. 1094 c. c.*

782. *Ciocchè possa donare un coniuge all' altro allorchè lasci ascendenti.*

783. *La facoltà di donargli eziandio l'usufrutto della riserva degli ascendenti non è una disposizione felicemente conceputa.*

784. *Osservazione sul caso in cui con ascendenti sussistano fratelli o sorelle.*

785. *La disponibile stabilita a vantoggio del coniuge nel caso in cui vi sieno ascendenti può essere ripartita tra il terzo ed il coniuge.*

786. *Ma non nel senso che l' usufrutto della riserva degli ascendenti o il suo valore possa profittare a persona diversa dal coniuge : Decisione contraria della Corte di Lione.*

787. *Quando il coniuge lascia figli, la disponibile a vantaggio del consorte è or maggiore, or minore della disponibile ordinaria.*

788. Il quarto in proprietà *nell' art. 1094 c. c. deve mai intendersi del quarto in piena proprietà ?*

789. *Il legato universale fatto al coniuge non è nullo abbenchè vi sieno figli.*

790. *Si limita forse, a volontà de' figli, alla metà in usufrutto soltanto ? esso comprende la maggior disponibile.*

791. *Caso in cui sarebbe diversamente.*

792. *Il coniuge può distribuire la maggior disponibile, sia dell' art. 913 c. c. sia dell'art. 1094 c. c., tra altri ed il suo coniuge, purchè veruno d' essi riceva al di là di ciocchè ha potuto essergli donato, e senzachè tuttavia l' estraneo possa, anche nei limiti della disponibile che gli è relativa, profittare dell' eccedente di quella che è relativa al coniuge nel caso in cui quest' ultima eccedesse la prima.*

793. *Sviluppamenti e dimostrazioni di siffatta proposizione con diversi esempii pel caso in cui non siavi che un figlio.*

794. *Applicazione della regola al caso in cui vi sieno tre figli o più.*

795. *Continuazione pel caso in cui vi sieno due figli; dubbii che essa presenta a causa dell' usufrutto.*

796. *Osservazione generale su quanto precede.*

797. *Modo di riduzione da seguirsi quando le diverse liberalità sieno eccessive: in generale l' art. 926 c. c. puossi puranche applicare a questi casi.*

798. *Il minore, durante il matrimonio, non può donare al suo coniuge che la metà di ciocchè potrebbe donargli se fosse maggiore: può mai disporre a suo vantaggio con atto tra vivi? rimessione.*

§. II.

Della porzione dei beni che può donare al nuovo consorte l' uomo o la donna che lasci figli di altro letto.

799. *Testo dell' art. 1098 c. c.*

800. *La parola figli si prende ugualmente nel singolare in questo articolo.*

801. *Donde fu desunta la disposizione che contiene.*

802. *Conseguenze di questa disposizione, ed applicazione con diversi esempii.*

803. *I nipoti di un figlio premorto si contano per un capo.*

804. *L'uomo rimaritato più volte potè donare la disponibile dell' art. 913 c. c. alle sue diverse mogli, purchè veruna di esse abbia ricevuto al di là di quanto è stabilito dall' art. 1098 c. c.; e* vice versa: *controvertito.*

805. *L' art. 1098 si coordina cogli art. 1496, 1515, 1525, 1527 ed altri,*

806. *Vantaggi risultanti dalla confusione de' mobili e de' debiti ed imputabili sulla disponibile dell' art. 1098 c. c.*

807. *Si ha riguardo puranche ai mobili pervenuti durante il matrimonio; controvertito.*

808 *Gli art. 1496, 1527, e 1098 c. c. si potrebbero ancora applicare al caso in cui i coniugi non avessero fatto contratto di matrimonio.*

809. *L' ineguaglianza delle rendite non è di alcuna considerazione.*

810. *Ammenochè tuttavolta la totalità della comunione non dovesse appartenere al nuovo coniuge: arresto di cassazione.*

811. *L' industria vantaggiosissima del secondo marito potrebbe in taluni casi compensare l'eccedente di tuttociò che portò la moglie*

812. *La stipulazione di un cottimo di comunione a favore del nuovo coniuge può presentare un vantaggio imputabile sulla disponibile stabilita a suo favore.*

813. *È lo stesso della stipulazione di una precapienza.*

814. *Ma generalmente non della convenzione di una somma per abiti di lutto.*

815. *Queste donazioni, fatte per contratto di matrimonio, sono irrevocabili come le altre: possono soltanto ridursi se avvi luogo; regole da seguirsi per fare la riduzione.*

816. *La riduzione dell' eccedente della disponibile dell' art. 1098 non avviene se non quando sussistano figli del primo matrimonio*

817. *Ma allora essa giova a tutti i figli indistintamente.*

818. *Perchè possano dimandarla, conviene che si qualifichino eredi del donante, almeno beneficiati: secus nell' antica giurisprudenza.*

819. *I creditori del donante non hanno l'azione per riduzione, e non possono profittarne.*

820. *Lo stesso è de' legatarii e donatarii.*

821. *La massa si compone secondo le regole ordinarie; conseguenza per calcolare ciò che ha potuto ricevere il nuovo coniuge.*

822. *La collazione non gli è dovuta dagli eredi del donante: nondimeno può profittarne indirettamente; in qual senso.*

823. *La donazione di una quota de' beni futuri fatta al nuovo coniuge si aumenta virtualmente colla morte di uno de' figli, nel senso che può con ciò giungere al quarto.*

824. *Qual sia la quota della donazione* di una parte di figlio *allorchè tutti i figli son premorti al donante? Vigente il Codice è*

soltanto del quarto, secondo la probabile intenzione del donante.

825. *La premorienza di tutti i figli fa rientrare nel dritto comune qualunque donazione o legato fatto al nuovo coniuge.*

826. *La donazione* di una parte di figlio *è condizionale di sua natura, e diviene per conseguenza caduca per la premorienza del donatario.*

827. *Essa non passa ai figli del matrimonio, anche quando fosse stata fatta col contratto di matrimonio.*

§. III.

De' vantaggi indiretti o coverti, ovvero fatti da persone interposte.

828. *Testo degli art. 1099 e 1100 c. c.*

829. *Diversi casi in cui il coniuge avendo figli di un primo letto, vantaggia indirettamente il suo nuovo consorte.*

830. *In questi casi non v' è dubbio che sia annullato l' eccedente soltanto della disponibile.*

831. *È forse lo stesso delle donazioni coverte o fatte da interposte persone? sì: ma controvertitissimo.*

832. *L' interposizione di persone diverse da quelle menzionate nell' art. 1100 c. c. può essere provata, e dar luogo ad annullare la donazione.*

833. *Quando anche il nuovo coniuge avesse raccolto nella successione di un figlio comune la cosa a questo donata dal consorte, non sarebbe per ciò considerato come donatario.*

834. *I figli naturali riconosciuti dal nuovo coniuge si reputano anche persone interposte.*

835. *Altra spiegazione sull' art. 1100 c. c.*

780. Circa alla quota de' beni di cui i coniugi possono disporre l'uno a vantaggio dell' altro, sia col contratto nuziale, sia durante il matrimonio, devesi fare una prima distinzione tra il caso in cui il donante non lasci figli nati da un precedente matrimonio, ed il caso contrario.

Devesene puranche fare un' altra nella prima

ipotesi, tra il caso in cui il coniuge lasci discendenti, e quello in cui lasci ascendenti.

Noi distingueremo accuratamente questi casi.

§. I.

Della quota disponibile tra coniugi allorchè il donante non lasci figli di un precedente matrimonio.

781. L'art. 1094 c. c. (a) dice: « Lo sposo, sia « nel contratto di matrimonio, sia durante il ma- « trimonio, potrà, nel caso in cui non lasciasse « nè figli nè discendenti da questi, disporre in « favore dell'altro coniuge, della proprietà di tut- « tociò di cui potrebbe disporre in favore di un « estraneo, e potrà pure lasciare l'usufrutto del- « la totalità di quella porzione di cui la legge

(a) Questo articolo fu soppresso tanto nell'attuale progetto, che in quello fattosi nel decennio per esecuzione del decreto de' 21 maggio 1814 dalla Commissione allora creata per proporre quelle modificazioni che credevansi necessarie sui codici francesi. In effetti accresciutasi la quota disponibile sino alla metà a favore anche degli estranei, può senza novello soccorso il coniuge superstite esser contemplato ampiamente. In tal modo si soddisfa al voto della legge senza le distinzioni ideate dal codice civile francese e senza l'aumento di quota disponibile, o che ci fossero figli, o che no; ciò che dava luogo a quistioni spinose, le quali rendevano intralciata la giurisprudenza. Quindi nel seguente articolo 1091 del progetto (che corrisponde all'articolo 1052 delle leggi civili) si dovettero togliere l'espressioni *senza che in verun caso queste donazioni possano eccedere il quarto de' beni* che contenevansi nell'articolo 1098 dell'abolito Codice civile francese. Trad.

« proibisce di disporre in pregiudizio degli eredi.
« E nel caso in cui il coniuge donante lasciasse
« figli o discendenti di essi, potrà donare all' al-
« tro coniuge, o una quarta parte de' suoi beni in
« proprietà, ed una quarta in usufrutto, o la me-
« tà di tutti i suoi beni soltanto in usufrutto ».

782. Spieghiamo innanzi tutto il primo caso.

Se dunque il coniuge lasci ascendenti nell' una e l'altra linea, poco importa il numero in ciascuna di esse: può donare al suo coniuge la metà de' proprii beni, e l' usufrutto dell' altra metà.

Se non ne lasci che in una linea soltanto, può donare al coniuge i tre quarti in proprietà, e l' usufrutto dell' altro quarto; art. 915 e 1094 c. c. = *831 ll. cc.* insieme combinati.

783. Si fece osservare con ragione che questa disposizione dell'art. 1094 (a) non era stata abbastanza riflettuta (1). Il dritto di riserva degli ascendenti si limita in questo caso alla nuda proprietà soltanto; e siccome essi hanno una generazione di più del coniuge donatario, almeno generalmente, di rado godranno de' beni; in guisachè se sien bisognosi, saranno ridotti a vendere, e talune volte a vilissimo prezzo, la nuda proprietà che è loro riservata, mentrechè sarebbe stato più convenevole che fosse conservata nella famiglia. Subitochè si voleva estendere la facoltà di disporre a

(a) *V.* la nota al n.° 286 del precedente volume. Trad.

(1) Jaubert disse per giustificarla, sull' obbiezione fatta in Consiglio di Stato, « che la morte di un coniuge non doveva cangiare

favore del coniuge, sarebbe stato ancor meglio, a creder nostro, di permettere al coniuge di donargli, oltre la disponibile ordinaria, la nuda proprietà della porzione attribuita dal dritto comune agli ascendenti, riservando loro l'usufrutto o il godimento di questa medesima porzione.

La legge è dunque capace di miglioramento sotto tal rapporto.

784. Osserviamo pur tuttavolta che, quando gli ascendenti esistenti sieno diversi dai genitori del coniuge premorto, e questi lasci fratelli o sorelle, o discendenti di essi, i quali non tutti rinunziino alla sua successione, non è dovuta riserva alcuna agli ascendenti, giusta la seconda parte dell' art. 915 c. c. = *831 ll. cc.* combinata coll' art. 750 c. c. = *672 ll. cc.*, e secondo quanto fu da noi precedentemente stabilito (1); per conseguenza un coniuge potè donare all' altro, come ad un estraneo, tuttociò che gli piacque, poichè la legge nulla riserva ai fratelli e sorelle; art. 916 c. c. = *832 ll. cc.*

Supponiamo in fatti che il coniuge abbia lasciato una porzione qualunque de' suoi beni senza disposizione, per esempio la ventesima parte: que-

« la posizione dell' altro, specialmente per dritti a cui non si fa « luogo che invertendo le leggi di natura. »

Ma siffatta risposta, a creder nostro, non significa nulla, giacchè necessariamente la posizione del coniuge superstite è ben cangiata colla morte dell' altro, per ciò che concerne i costui beni. La moglie altronde non avea il godimento de' beni di suo marito.

(1) Di sopra, n.° 193, e tomo precedente, n.i 310 e 311.

sta parte non può esser raccolta che dai fratelli e sorelle, se il vogliano, ad esclusione degli ascendenti eccettochè i genitori. Ciò risulta evidentemente dall' art. 750 c. c. = *672 ll. cc.*, il quale accorda la intera successione indistintamente ai fratelli e sorelle in tal caso, ad esclusione degli ascendenti e degli altri collaterali, senza assegnarne una porzione qualunque a titolo di riserva a questi medesimi ascendenti, e che attribuisce per la medesima ragione ai fratelli ed alle sorelle tuttociò di cui il defunto non dispose. Imperocchè è chiaro che se avesse disposto solamente di un ventesimo, i fratelli e sorelle avrebbero dritto agli altri diciannove ventesimi, nel medesimo modo che avrebbero dritto all' intero se non vi fosse stata alcuna disposizione; che se avesse disposto della metà soltanto, o de' tre quarti, i fratelli e sorelle avrebbero avuto il dippiù. Per poter pretendere il contrario, bisognerebbe sostener puranche che il summenzionato art. 750 non accorda la intera eredità ai fratelli e sorelle, ad esclusione degli ascendenti; che esso riserva implicitamente a costoro la porzione loro riserbata con la prima parte dell' art. 915 c. c = *831 ll. cc.* Ma un simile sistema, il quale lungi da ciò avrebbe potuto adottarsi nel Codice senz' alcuno inconveniente, ed avrebbe prevenuto qualunque dubbio sul punto in quistione, sventuratamente non puossi sostenere innanzi a questo art. 750; il quale non riserva la menoma cosa agli ascendenti. Or se i fratelli e sorelle avessero avuto la totalità

qualora non vi fosse stata alcuna disposizione, essi hanno ciò che rimane, ad esclusione degli ascendenti eccetto i genitori, allorchè ve ne siano. Non essendo allora gli ascendenti nell' ordine in cui la legge li chiama a succedere, non hanno alcuna riserva; e siccome i fratelli e sorelle non ne hanno mai, un coniuge potè disporre a vantaggio dell' altro come più gli piacque.

Ma se tutti i fratelli e sorelle ovvero figli dei fratelli o sorelle premorti rinunzino, allora gli ascendenti si trovano nell' ordine in cui la legge li chiama a succedere (art. 785 c. c. = *702 ll. cc.*), ed un coniuge non potè disporre a vantaggio del suo consorte se non nei limiti stabiliti dall' art. 1094 c. c. (1).

785. Si presentò la quistione se la divisione della disponibile stabilita dal citato art. 1094, prima parte, possa operarsi a favore di un terzo, cioè se il coniuge possa disporre a vantaggio di tale terzo e del proprio coniuge di tuttociò di cui gli è permesso disporre a vantaggio di quest' ultimo, o se non lo possa che a vantaggio di costui; se possa in somma dare ad un terzo la disponibile ordinaria dell' art. 915 c. c. = *831 ll. cc.*, ed inoltre al suo coniuge l' usufrutto della porzione riservata agli ascendenti.

Primieramente è indubitato che se avesse già donato a terzi il valore della disponibile ordinaria con atti irrevocabili, come donazioni tra vivi di

(1) Come noi lo dimostrammo pure nei luoghi precitati

beni presenti o istituzioni contrattuali, veruna cosa gl' impedirebbe di donar puranche l'usufrutto della riserva degli ascendenti al suo coniuge. Si sarebbe interamente nello spirito dell' art. 1094 c. c., che estese a favore del coniuge la disponibile ordinaria, aumentandola di tale usufrutto. Imperocchè se il defunto poteva fare l' una e l' altra disposizione a vantaggio del coniuge, ben potè non donargli che l' usufrutto solamente: chi può il più, può il meno; e non può esservi luogo a ridurre la donazione della disponibile ordinaria fatta precedentemente a terzi, poichè non avvi eccesso a tale riguardo, nè a riguardo di alcuno.

786. Ma avvi maggior dubbio allorchè la donazione fatta al coniuge sia dell' usufrutto della riserva degli ascendenti e la disponibile ordinaria sia donata a terzi con atti posteriori, o col medesimo atto.

La quistione si presentò alla Corte di Lione, e fu giudicata nel senso favorevole alla maggior disponibile (1). Nella specie Tardy, morto nel 1820, avea lasciato per più prossimi parenti sua madre ed un nipote. Col suo testamento aveva legato al suo coniuge l' usufrutto del quarto de' beni formanti la riserva di sua madre, istituendo questo nipote suo legatario universale.

Il tribunale di Bourg considerando che l' art. 1094 c. c. non estende la disponibile ordinaria che

(1) Decisione del 29 gennaro 1824; *Sirey*, 25, 2, 47.

a favore del coniuge e non a favore de' terzi, e che il marito aveva potuto per via indiretta far profittare al nipote, legatario universale, dell' eccedente di tale disponibile, decise in conseguenza che la madre doveva avere il suo quarto in piena proprietà a titolo di riserva, salvo alla moglie ed al legatario di combinarsi tra essi come meglio lor sembrasse (1).

In grado di appello la Corte di Lione riformò, « attesochè, disse la Corte, l'art. 915 c. c. = *831 ll. cc.* determina nelle eredità di coloro che muoiono « senza discendenza una riserva legale di un quarto « de' beni a favore di quell' ascendente che sia so- « pravvissuto; ma che l' art. 1094 c. c. permette « al coniuge di gravare tale riserva dell' usufrut- « to a favore del suo consorte, attesochè questa « disposizione non distingue menomamente tra il ca- « so in cui la porzione disponibile fosse donata alla « moglie o a chiunque altra persona; ch'è al con- « trario generale ed assoluta, ed i magistrati non « possono dispensarsi dall'applicarla in tutti i casi; « annulla l'appellazione e ciò da cui è appello; « emendando, dichiara di essersi mal giudicato, ec.»

Non sapremmo adottare siffatta decisione; i pri-

---

(1) Con ciò il tribunale probabilmente avea voluto non giudicar preliminarmente cosa alcuna sul punto se la riduzione del quarto in nuda proprietà fatta a favore della madre, per sua riserva, dovesse eseguirsi unicamente sul legato universale, o se il legato del quarto in usufrutto fatto alla moglie dovesse contribuirvi nella proporzione del suo valore paragonato col rimanente dei beni, in conformità dell'art. 926 c. c. = *843 ll. cc.*

mi giudici, a creder nostro, aveano molto meglio compreso lo spirito della legge. Non possiamo persuaderci che abbia avuto la menoma intenzione di far profittare ad estranei della facoltà accordata al coniuge di estendere la sua disponibile a danno della riserva degli ascendenti, sì notabilmente ridotta mercè l'esercizio di tal facoltà. »

Si supponga in fatti che un coniuge abbia donato all'altro, con contratto di matrimonio, l'intera disponibile ordinaria: gli sarà forse ancora permesso di gravare con atti posteriori, per esempio col suo testamento, la riserva dagli ascendenti di un dritto di usufrutto a vantaggio di un estraneo? Ma ove ne sarebbe il motivo? la legge estese forse a favore di questo estraneo la facoltà di disporre? Niente affatto: l'art. 1094 c. c. dice espressamente che in favore del coniuge, e non lo direbbe, non sarebbe la cosa meno evidente.

Ammettiamo, nel secondo caso dell'art. 1094, in cui vi sono figli, che la maggiore disponibile, o quella di questo articolo, o quella dell'art. 1090 c. c. = 1045 *ll. cc.*, possa essere ripartita tra il coniuge ed altre persone; ma in tal senso appunto il donatario o legatario estraneo non può mai profittare della facoltà accordata ai coniugi da questo art. 1094 sopra citato, di estendere in taluni casi la disponibile ordinaria a favore del coniuge, come del resto lo spiegheremo tra poco. In vece che nella specie giudicata dalla Corte di Lione, siffatta esten-

sione non giovò che al legatario universale.

Ecco dove condurrebbe la dottrina adottata da quella Corte, cioè che se il marito avesse legato soltando uno scudo alla moglie, avrebbe potuto ancor gravare dell' usufrutto la riserva dell' ascendente unicamente a vantaggio dell' estraneo, donandogli ancora la disponibile ordinaria; imperocchè non avrebbe ugualmente donato a sua moglie che una porzione di ciocchè avrebbe potuto donarle. Or si oserebbe mai sostenere che se non le avesse perfettamente donato cosa alcuna, avrebbe potuto ugualmente non lasciare all' ascendente che la nuda proprietà della sua riserva? Ma sarebbe stata una manifesta violazione dell' art. 915 c. c. = *831 ll. cc.*, e l'art. 1094 c. c. non avrebbe somministrato alcun sostegno ad una tale pretensione, poichè questo art. regola ciò ch' è permesso di donare al coniuge, e per ciò addiviene estraneo ad una causa alla quale questo coniuge è *egli stesso* estraneo. E siccome nell' ordine morale nulla e quasi nulla sono la medesima cosa, la donazione della più lieve somma fatta al coniuge non potrebbe somministrare un pretesto di violare così il vero spirito della legge. Ciò posto, che importa che si dica di dover essere indifferente all' escendente, il quale non è chiamato a raccogliere la successione del coniuge (suo genero o nuora), che l' usufrutto della riserva sia dato ad un estraneo o a questo coniuge? Ciò in fatti non gl' importa se la disposizione sia valida; ma il legislatore ebbe buone

ragioni per permetterla a vantaggio del coniuge, e per vietarla nulladimeno a favore di un' altra persona. Indubitatamente talune volte si ha col mezzo di un altro un dritto che non si avrebbe in proprio nome, e senza parlare degli esempii somministratici dalle leggi romane a tal riguardo, il Codice ce ne offre parecchi che noi già avemmo occasione di far notare; ma almeno ciò avvien perchè la persona che rappresentasi ha essa stessa il dritto di cui si tratta, ed un'altra persona che non avrebbe qualità in proprio nome per dimandarlo, è nondimeno ammessa con lei a raccoglierlo; mentrechè nella specie l' estraneo solo è veramente quello il quale raccoglie l' usufrutto della riserva dell' ascendente, ed egli non era chiamato nè direttamente, nè mediante altra persona a raccoglierlo non potevasi donarglielo con effetto.

Crediam dunque che il legato universale doveva ridursi, affinchè la riserva dell' ascendente fosse intera; e di più che per somministrarla, il solo legato universale doveva esser diminuito; che non eravi luogo in questo caso particolare ad applicare l' art. 926 c. c. = *843 ll. cc.*, perchè la volontà del testatore, di lasciare intatto a sua moglie l' usufrutto del quarto, non era dubbiosa. Era questa una delibazione del legato universale.

Vie maggiormente nel caso da noi supposto, in cui la donazione fatta all' estraneo sia posteriore alla donazione irrevocabile della disponibile ordinaria fatta a vantaggio del coniuge, questa dona-

zione non può ledere l'usufrutto dell'ascendente. Il donante non può più donar altro quando ha donato la disponibile ordinaria, salvo l'estensione stabilita dall'art. 1094 c. c.; ma essa lo è soltanto a vantaggio del coninge.

Il coninge donatario dell'usufrutto della porzione riservata agli ascendenti deve prestar loro cauzione, attesochè la legge non ne lo dispensa (art. 601 c. c. = *526 ll. cc.*); il donante neanche potrebbe dispensarnelo. Nol potrebbe che riguardo ai beni di cui avrebbe potuto disporre in piena proprietà; ed anche in tal caso, se non lo abbia dispensato da prestar cauzione, essa devesi dare; *ibid.*

787. Quando il coninge lasci figli o discendenti nati dal matrimonio, o da un matrimonio posteriore (1), può o potè disporre, abbiamo detto, a vantaggio dell'altro coninge, del quarto in proprietà e di un altro quarto in usufrutto, o della metà in usufrutto soltanto.

Ma è evidente che siffatte liberalità non possono concorrere, in tutta la loro estensione, con quelle autorizzate dall'art. 913 c. c. = *829 ll. cc.* a favore di un figlio o di un estraneo, anche in tutta la loro estensione, poichè se un padre il quale non ha che un figlio donasse a sua moglie un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, e ad

(1) Imperocchè la disponibile, allorchè vi sieno figli di un precedente matrimonio, anche un solo, non è la stessa, come or ora il vedremo.

un estraneo la metà di tutti i suoi beni, non rimarrebbe al figlio che un quarto in nuda proprietà soltanto; mentrechè deve avere in qualunque caso la metà almeno de' beni in piena proprietà. E se, quando vi sieno tre figli o un maggior numero, il padre potesse donare il quarto ad un estraneo, ed alla sua consorte un altro quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, si scorge che la riserva de' figli si ridurrebbe quasi a nulla. Tale dottrina dunque è inamessibile. Vedremo fra poco come debbansi far concorrere ambedue le disponibili.

La legge, nell' art. 1094 c. c., per regolare la disponibile a favore del coniuge non considera il numero di figli: tale disponibile è la stessa, tanto che ve ne sieno tre o un maggior numero, quanto se ve ne sia un solo. Donde deriva che essa è ora maggiore, or minore della disponibile ordinaria stabilita dall' art. 913 c. c. = 829 *ll. cc.*

È maggiore di un quarto in usufrutto allorchè vi sieno tre figli o più; e lo è vieppiù allorchè vi sieno due figli, attesochè generalmente un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto valgono più di un terzo in piena proprietà, che forma l' ordinaria disponibile in tal caso.

Ma allorchè non vi sia che un solo figlio, la disponibile a vantaggio del coniuge è minore di un quarto in nuda proprietà di quel che è a vantaggio di un estraneo. Imperocchè un coniuge non può donare all' altro al di là di quanto è stabilito

dall' art. 1094 c. c., quantunque possa donare il rimanente ad un estraneó (1).

788. Diciamo *un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto*: puossi nondimeno impugnare sino ad un certo punto siffatta interpetrazione. e lo fu puranche innanzi la Corte di Brusselles, la quale tuttavolta rigettò (2) la pretensione che un coniuge non avea potuto donare all' altro che un quarto in nuda proprietà ed un altro quarto in usufrutto, o la metà in usufrutto soltanto.

Puossi dire in fatti che se la legge avesse inteso un quarto in piena proprietà ed un altro quarto in usufrutto, non v' era bisogno di soggiungere, o *la metà de' beni in usufrutto soltanto*: ciò si sottointendeva, poichè un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto comprendono necessariamente, ed anche di più, la metà in usufrutto, e perciò era superfluo di permettere al coniuge di donare all' altro coniuge la metà in usufrutto; giacchè chi può il più può il meno. Or una legge, al pari della clausola di un contratto, ed anche più se è possibile, perchè fu meglio meditata, deve intendersi in un senso secondo cui pos-

(1) La Corte di Nimes, uniformemente a tali regole, giudicò con decisione del 20 luglio 1807, riferita nella *Raccolta di giurisprudenza del Codice civile*, tomo XI, pag. 333, che ad un padre avente un figlio non era stato lecito di donare a sua moglie che un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto, o la metà de' beni in usufrutto soltanto.

(2) Con sua decisione del 21 luglio 1810; *Raccolta di Denevers* anno 1811, supplemento, pag. 12.

sa produrre qualche effetto, piuttosto che nel senso secondo cui non ne produrrebbe alcuno; e le ultime parole dell'art. 1094 c. c., *o la metà in usufrutto soltanto*, non hanno alcun senso (1), se pel quarto in proprietà debba intendersi *di un quarto in piena proprietà*.

Puossi soggiungere che la parola *proprietà* messa in opposizione nella medesima legge alla parola *usufrutto*, s'intende generalmente della nuda proprietà soltanto; e circa all'obbiezione desunta da che se i compilatori del Codice avessero inteso parlare di un quarto in nuda proprietà e di un quarto in usufrutto, avrebbero fatto meglio di dir semplicemente, *un quarto in piena proprietà*, lasciando l'alternativa della metà in usufrutto, si risponde che non fu questa la loro intenzione; che non vollero stabilir su tal quarto, indipendentemente dalla nuda proprietà, se non un godimento il quale doveva estinguersi a morte del coniuge.

(1) Delvincourt tuttavia cerca di loro darne uno. Secondo lui, « puossi dire che queste parole furono aggiunte nella preveggenza « del caso in cui il coniuge donatario essendo molto avanzato in « età, si sarebbe potuto pretendere che la donazione de' tre quarti « in usufrutto, per esempio, non eccedeva quella del quarto in » proprietà e del quarto in usufrutto, e nulladimeno non si volle « che la donazione anche semplicemente in usufrutto, eccedesse mai « la metà della successione, qualunque fosse altronde l'età del do- « natario. »

Siffatta interpetrazione ci sembra divinatoria, e dubitiam moltissimo che i compilatori dell'articolo abbiano pensato a tal caso. Avremmo più di un motivo per giustificare i nostri dubbii, ma ciò sarebbe senza molto interesse.

Siffatta interpetrazione della loro intenzione sembra altronde tanto più probabile, in quanto che l'alternativa di un quarto in nuda proprietà e di un quarto in usufrutto, o dell' usufrutto della metà, presenta disposizioni di valore analogo, e non disposizioni di valore differente, come nel senso della prima interpetrazione. Finalmente la legge intesa in tal modo ebbe uno scopo ragionevole aggiungendo queste parole, *o la metà di tutti i suoi beni in usufrutto soltanto*; mentrechè non ne ha alcuno, in queste espressioni, se volle conferire al coniuge il dritto di donare all'altro coniuge la metà in usufrutto ed un quarto in nuda proprietà; giacchè tale metà in usufrutto soltanto si trova evidentemente in un quarto in piena proprietà ed in un altro quarto in usufrutto, ed anchè al di là, poichè sul primo quarto non sussiste soltanto un usufrutto, ma una proprietà ordinaria, che vale molto più di un quarto in nuda proprietà ed un altro quarto in usufrutto, mentre non essendone separato il godimento, non va soggetto ad estinguersi colla morte del coniuge donatario.

Malgrado la forza di siffatte obbiezioni, che male a proposito si affettò di sprezzare trattando come spirito di cupidigia e di cavillo l'interpetrazione de' figli, noi abbiam sempre creduto che l'articolo dovesse intendersi nel senso di un quarto in piena proprietà e di un altro quarto in usufrutto, o della metà di tutti i beni in usufrutto soltanto. Siamo indotti ad opinare così dal senso che i' com-

pilatori del Codice dettero alla parola *proprietà* nel medesimo articolo, prima parte, in cui evidentemente significa la intera proprietà della disponibile ordinaria, poichè il coniuge può anche donar tuttavia al suo consorte l' usufrutto de' beni riservati agli ascendenti. Or tutto induce a credere che fu usata nel medesimo senso nella seconda parte, e che le parole poste in fine dell' articolo, *o la metà di tutti i suoi beni in usufrutto soltanto*, furon messe come per esprimere un' alternativa di cui volessero far uso molti coniugi aventi figli, anzichè di donare in nuda proprietà.

789. Allorchè il coniuge avente figli fa un legato universale a vantaggio dell' altro, il legato non è per ciò nullo, ma soltanto riducibile, come se fosse stato fatto a vantaggio di altra persona. Il coniuge, che la legge favorisce generalmente coll' art. 1094 c. c., non può essere in questo caso di peggior condizione di un estraneo; ciò sarebbe assurdo.

790. Ma a che sarà mai ridotto il legato in tal caso, del pari che in quello in cui il coniuge dona o lega all' altro coniuge *tuttociò di cui può disporre* o *tutto ciò di cui può disporre in suo favore*, o anche semplicemente *la sua disponibile*, o *la sua quota disponibile*?

Il coniuge ha dritto alla maggiore disponibile. Ciò a creder nostro non potrebbe soffrire il menomo dubbio (1); imperocchè in tutti questi casi il

(1) Grenier nelle sue prime edizioni avea detto nondimeno che

coniuge donante donò la sua maggior disponibile, tuttociò che può comprendere questa disponibile, per conseguenza il dritto pel coniuge donatario di dimandarla secondo il suo miglior vantaggio. Non è desso un debito alternativo, nel quale il debitore ha la scelta se non sia stata riservata al creditore (art. 1190 c. c. = *1143 ll. cc.*); è il più esteso legato che un coniuge abbia potuto fare all'altro.

791. Sarebbe diversamente se avesse legato in questi termini: *Lego a mia moglie il quarto de' miei beni in proprietà ed il quarto in usufrutto, o la metà di tutti i miei beni in usufrutto soltanto*: in questo caso il legato sarebbe effettivamente fatto sotto alternativa, e la scelta, per non essere stata riservata alla moglie, apparterrebbe ai figli, come debitori del legato, poichè son dessi quelli i quali, come impossessati di pieno dritto, han l' incarico di farne il rilascio; art. 1011 c. c. = *965 ll. cc.* Viemaggiormente apparterrebbe loro se ad essi il testatore avesse diretta la parola colla clausola, quantunque non avesse lor dato espressamente la scelta; per esempio se avesse detto: *Incarico i miei figli di dare alla loro madre un quarto de' miei beni in proprietà ed un altro quarto in usufrutto, o la metà in usufrutto soltanto.* Sarebbe questo un legato per *damnationem*

essendo i figli debitori sotto un' alternativa, loro apparteneva la scelta; ma ritrattò questa opinione nella sua terza edizione, tomo II, n.° 450, uniformandosi a quella di Delvincourt e Toullier,

che li costituirebbe debitori, ma sotto alternativa, come nel dritto romano (1).

792. Abbiam detto che ora la disponibile stabilita dall' art. 1094 c. c. a vantaggio del coniuge è maggiore di quella determinata dall' art. 913 c. c.= *829 ll. cc.*, ed or minore, e che il coniuge non può donar l' una e l' altra in tutta la loro estensione. Ma può sempre donare la maggiore, purchè l' eccedente dell' una sull' altra si doni a quello che è capace di riceverla, sia il coniuge, sia un estraneo o un figlio.

Quindi nulla impedisce al coniuge di fare al tempo stesso, col medesimo atto o con atti diversi, donazioni o legati al suo coniuge ed a terzi, o al tale o tal altro de' suoi figli, salvo la riduzione se avvi luogo, in conformità degli art. 920 a 930 c. c.=*837 a 847 ll. cc.* esaminati e combinati (2).

---

(1) Anche sotto Giustiniano, il quale soppresse colla sua costituzione, che è la legge 1.ª, Cod. *commun. de legat. et fideicomm.*, le differenze esistenti tra gli antichi modi di legare.

(2) *V.* nel tomo precedente, n.º 327, la decisione della Corte di Tolosa, del 1.º febbraro 1827, profferita nella specie di una donazione fatta da un marito a sua moglie, col contratto di matrimonio, dell' usufrutto di tutti i beni, e di un legato ad un terzo, nel caso in cui il disponente aveva lasciato un figlio: la Corte ordinò che la donazione dell' usufrutto di tutti i beni fatta alla moglie fosse da principio ridotta alla metà di tal usufrutto innanzi di ridurre la donazione fatta all' estraneo.

Ma si osservi che la disponibile ordinaria non fu oltrepassata; mentrechè nella specie giudicata dalla Corte di Lione, di cui abbiam parlato, di sopra n.º 786, lo fu male a proposito, secondo noi, a vantaggio del legatario universale, in quanto che questi ebbe puranche l' usufrutto della riserva dell' ascendente, il quale usufrutto non poteva esser donato che al coniuge, giusta l' art. 1094 c. c.

Tutta la difficoltà in tal caso sta in ben istabilire ciocchè il coniuge potè donare o al consorte, o ad un estraneo ovvero ad un figlio, ed in determinare come debba effettuarsi la riduzione, se vi sia eccesso nelle liberalità.

In fatti sarà forse l'art. 913 c. c. = *829 ll. cc.* o l'art. 1094 c. c. che servirà di regola per determinare qual debba essere l'estensione delle disposizioni?

Ora l'uno, ora l'altro, prendendo per regolatore quello che autorizzerà le liberalità maggiori, avuto riguardo alla qualità del donatario, al quale il defunto poteva donare la porzione più considerevole; cioè che si seguirà ora l'art. 913, ora l'art. 1094, secondochè l'uno o l'altro, applicato al caso in quistione, lascerà maggiore estensione alle liberalità, purchè del resto il coniuge non sia favorito, mercè l'art. 913, al di là di ciò che l'art. 1094 permette soltanto di donargli, e, *vice versa*, purchè l'estraneo o il figlio non lo sia, mediante l'art. 1094, al di là di quanto l'art. 913 permetteva di dargli. È questo il principio adottato da molte Corti, ed il più uniforme alla ragione ed allo spirito della legge nel complesso delle sue disposizioni, le quali voglion esser coordinate, e non prese isolatamente.

795. L'applicazione di siffatto principio diverrà chiara con esempii.

Se vi sia soltanto un figlio, un coniuge non può sempre donare all'altro che un quarto in pie-

na proprietà ed un quarto in usufrutto, o la metà di tutti i suoi beni in usufrutto solamente (art. 1094 c. c.); ma nulla gl' impedisce di donare ad un estraneo la nuda proprietà di un altro quarto; art. 913 c. c. = *829 ll. cc.* Ed è indifferente in questo caso che la donazione fatta all'estraneo sia anteriore a quella fatta al coniuge, o che le sia posteriore: nessuno de' donatarii ricevette più di quel che potea ricevere, ed il donante nulla donò al di là di ciò che poteva disporre giusta il dritto comune; per cui verun dubbio potrebbe elevarsi su tal caso.

Sarebbe lo stesso se il marito avesse donato all' estraneo la metà de' suoi beni in nuda proprietà, ed a sua moglie la metà in usufrutto soltanto, nessun d'essi avrebbe ricevuto più di quel che poteva ricevere dal donante, e questi non avrebbe disposto al di là di ciò che poteva donare per dritto comune. La data degli atti sarebbe dunque del pari indifferente.

Se avesse donato la metà de' suoi beni in piena proprietà con un atto irrevocabile, non potrebbe più, avendo un figlio, disporre di cosa alcuna (detto art. 913), anche a vantaggio del suo coniuge: altrimenti bisognerebbe dir financo che possa pur donare a questo ultimo tutta la disponibile dell'art. 1094, e ridurre così il figlio ad un quarto in nuda proprietà soltanto: or una tale dottrina sarebbe contraria al buon senso, all' equità ed

allo spirito della legge, poichè il figlio non godrebbe di cosa alcuna durante la vita di sua madre, e potrebbe in tal modo morire senza aver goduto personalmente di alcuna porzione de' beni di suo padre. Quindi non cade il menomo dubbio che l'art. 1094 debba coordinarsi coll'art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*, e che in tal caso il il coniuge non possa più usare della facoltà che questo articolo gli accordava, *ma condizionatamente*, di disporre a vantaggio del suo consorte: egli l' ha esaurita. La riserva non può essere gravata che dell' una o dell' altra disponibile, o, in altri termini, della disponibile stabilita da uno o dall' altro di questi articoli (1): può essere soltanto gravata della disponibile maggiore, purchè ancora sia a vantaggio della persona a cui favore la legge la stabilì.

Se il coniuge avesse soltanto donato la metà in usufrutto all' estraneo, e l' usufrutto sussistesse ancora a morte sua, o se gli avesse legato quest' usufrutto, potrebbe per disporre a vantaggio del suo coniuge di un quarto in piena proprietà; ma nulla oltre di ciò gli potrebbe donare, nè in proprietà, nè in usufrutto: in proprietà, perchè non può mai disporre a suo vantaggio al di là del quarto; in usufrutto, perchè il figlio deve avere almeno la metà de' beni franchi da ogni usufrutto.

E se avesse donato all' estraneo il sesto soltanto

(1) *V.* l'arresto di rigetto del 21 luglio 1813, che confermò una decisione della Corte di Tolosa, del 13 agosto 1810; *Sirey*, 1813, 2, 441.

de' suoi beni in piena proprietà, ed a sua moglie il terzo o i quattro dodicesimi, il totale delle due disposizioni non eccederebbe, è vero, la disponibile ordinaria dell' art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*, ma la donazione fatta alla moglie eccederebbe la disponibile stabilita in suo favore dall'art. 1094 c. c., e questa donazione sarebbe ridotta di un dodicesimo circa alla nuda proprietà soltanto; giacchè unicamente a tale riguardo era eccessiva. Infine se avesse donato a sua moglie, con atto irrevocabile, una quarta parte in proprietà ed un' altra quarta in usufrutto, non potrebbe più donare ad altri che un quarto, ed in nuda proprietà soltanto. Ma se avesse donato un quarto in piena proprietà a sua moglie, con atto irrevocabile, non potrebbe, a parer nostro, donar poscia ad altra persona un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, ma soltanto un quarto in proprietà; mentrechè avrebbe potuto donare questo quarto in proprietà e questo quarto in usufrutto a sua moglie, non ostante la donazione del quarto in proprietà già fatta altrui con atto irrevocabile. Imperocchè l' estensione della disponibile, stabilita dal cennato art. 1094, lo fu soltanto in favore del coniuge, che deve poterne profittare in tutti i casi; ma ciò non impedisce l' applicazione del dritto comune agli stranieri. Or quando il marito abbia disposto irrevocabilmente di tutta o parte della sua disponibile ordinaria in favore di sua moglie, la quale può, come ogni altro, riceverla nei limiti stabiliti da esso art. 1094, non è più permesso

a questo marito disporre ancora di questa medesima disponibile in favore di chicchesia, o disporre della parte di cui abbia già disposto.

Le donazioni di corpi certi saranno stimate, e con quelle di somme se ne formeranno fittiziamente quote, dedotti tutti i debiti, e se vi sia eccesso di tali quote fittizie, si ridurranno le liberalità eccessive. A tale effetto si seguiranno le regole stabilite negli art. 923 e segu. c. c. = *840 ll. cc.* Ma torneremo fra poco a parlare di ciò.

794. Se supponghiamo tre figli o un maggior numero, può il padre donare a sua moglie un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto, o la metà de' suoi beni in usufrutto soltanto (art. 1094 c. c.), ma non può donare ad un estraneo, o anche ad un figlio, che il quarto in piena proprietà; art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*

In questo caso può limitarsi a donare a sua moglie l'usufrutto della metà, e la nuda proprietà di un quarto ad un estraneo o ad un figlio; gli altri non potrebbero dolersene: la maggior disponibile non sarebbe stata oltrepassata, poichè il padre avrebbe potuto donare l'intero a sua moglie, e niuno de' donatarii avrebbe ricevuto più di quel che poteva ricevere. Ed in fatti non si potrebbe dire di aver donato all'estraneo, mediante l' art. 1094, più di quel che poteva donargli; imperocchè se mai si confronti la donazione che gli fece con quella che fece a sua moglie, non oltrepassò la disponibile ordinaria dell'art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*,

ammettendo che l' usufrutto sia della metà del valore della proprietà; lo che del resto siamo per esaminare.

Al contrario se donasse a sua moglie l' usufrutto di un' ottava parte, ed all'estraneo o ad un figlio, oltre il quarto in piena proprietà, un' altra ottava parte in usufrutto, quest' ultima donazione sarebbe riducibile, benchè tutte le liberalità riunite non eccedessero in tal caso la disponibile dell' art. 1094; ma n'è motivo che eccederebbero quella del suddetto art. 913, non potendo l'estraneo o il figlio ricevere oltre il quarto de' beni.

795. Allorchè vi sieno due figli, ed il padre abbia fatto donazioni in proprietà ed in usufrutto a sua moglie e ad altre persone, il calcolo della più estesa disponibile in favore del coniuge o di un terzo, presenta maggior dubbio, giacchè non abbiamo regola nel Codice la quale determini il valore dell' usufrutto, paragonato a quello della proprietà. Al contrario i compilatori del Codice evitarono di fare questa stima, attesochè essendo incerta la durata dell' usufrutto, il suo valore per questo stesso motivo non è capace di una esatta valutazione. E appunto per tale ragione, nell'art. 917 c. c.=*833 ll. cc.*, essi diedero agli eredi cui spetta la riserva, gravati del legato di un usufrutto o di una rendita vitalizia, il dritto, o di abbandonare la quota disponibile in ispecie, o di eseguire la disposizione secondo la sua forma e tenore. Nondimeno avvi

casi in cui questa valutazione è indispensabile (1), e quello di cui trattasi può essere di tal numero; imperocchè l'abbandono della disponibile ordinaria, in conformità di questo art. 917, potrebbe non essere bastante, a motivo dell' estesa facoltà di disporre data ai coniugi a scambievole favore dall' art. 1094.

Così, supponghiamo che un padre avente due figli abbia donato a uno di essi, con atto tra vivi ed a titolo di precapienza, il terzo de' suoi beni: questa donazione è irrevocabile e non riducibile; art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*

Ma è generalmente minore della donazione del quarto in piena proprietà e del quarto in usufrutto, autorizzato dall' art. 1094 in favore del coniuge, ove si estimi, secondo l' uso, l' usufrutto alla metà del valore della piena proprietà. In fatti in questa supposizione, la donazione del quarto in piena proprietà sarebbe di $\frac{6}{24}$; quella dell' usufrutto di un quarto sarebbe di $\frac{3}{24}$: totale $\frac{9}{24}$; mentrechè la donazione del terzo de' beni fatta al figlio è di $\frac{8}{24}$ soltanto: differenza di $\frac{1}{24}$. La donazione fatta alla moglie, del quarto in proprietà e del quarto in usufrutto sarebbe dunque riducibile di questo 24.° Nell'atto che, secondo il nostro modo d' intendere la legge, combinando le sue diverse disposizioni ed entrando nel suo spirito, se la donazione fatta alla moglie fosse anteriore e con atto irrevocabile, il padre non avrebbe potuto donare

(1) Ne arrecammo molti esempii nel tomo precedente, n.° 345 e seguenti. *V.* pure nel tomo IV, n.° 632, nota.

cosa alcuna al figlio, attesochè il valore della disponibile ordinaria sarebbe stato esaurito dalla donazione fatta alla moglie. La riserva dell' altro figlio essendo allora soltanto della metà de' tre quarti in proprietà, diminuita pure dell' usufrutto che ha la madre sopra uno di questi quarti, in vece di essere del terzo, come ne' casi ordinarii, allorchè vi sieno due figli, non avvi ragione per diminuirla di vantaggio.

Ma osserviamo che in questa specie di una donazione del valore del terzo de' beni fatta da prima ad un figlio con atto irrevocabile e fuori parte, più non poteva il padre donar cosa alcuna in proprietà a sua moglie: non le potè donare che in usufrutto soltanto; talchè la donazione fatta a quest'ultima non consisterà in sostanza che in usufrutto. E stimando il godimento alla metà della proprietà, come pocanzi lo abbiamo fatto, troviamo che il 24.° che la moglie poteva ricevere al di sopra della disponibile ordinaria dell' art. 913 c. c.= 829 *ll. cc.* donata in totalità ad un figlio, è di un 12.° in usufrutto. In conseguenza a ciò appunto si riduce la donazione fatta alla moglie.

La Corte di Tolosa con sua decisione del 20 giugno 1809 (1), giudicò nel medesimo senso, considerando che nell'uso si dà al godimento la metà del valore della proprietà: questa valutazione fu in fatti seguita dalla legge del 22 glaciale anno VII (art. 14,

(1) *Sirey*, 10, 2, 13.

§. 9 e 11, ed art. 158), per la esazione del dritto di registro.

La medesima Corte lo giudicò una seconda volta con sua decisione del 13 agosto 1810, la quale fu confermata dalla Corte di cassazione nel 21 luglio 1813 (1) sul motivo « che la Corte « valutando nella sua saggezza, e per induzione « tratta sì dalla legge del 28 ventoso anno II, che « da diversi articoli del Codice, l' usufrutto della « metà de' beni ad un quarto de' detti beni, non « ha violato alcuna legge, ec. »

Ma si noti che non intendiamo dire con ciò di dovere i tribunali necessariamente seguire questo modo di valutazione: al contrario crediamo che convenga pur prendere in considerazione l' età della persona e le altre circostanze del fatto. Tanto già dicemmo nel tomo IV, n.° 632 (nota). Soltanto diciamo qui di potersi seguire questa valutazione, e di doversene far una perchè la volontà de' disponenti venga eseguita e la legge non sia violata; perchè il donatario o legatario abbia, per quanto sia possibile, ciocchè il donante o testatore intese di donargli, ma non abbia oltre ciò che il Codice permise di accordargli.

Queste nozioni bastano per regolare tutti gli altri casi che possono presentarsi.

796. La dottrina di Toullier su questo punto ci è sembrata di esser simile alla nostra: nondimeno non

(1) *Sirey*, 13, 1, 441.

ci siamo accorti di aver egli fatta la differenza che noi facciamo a causa dell'anteriorità degli atti irrevocabili. Pare ch'egli opini in modo assoluto che nel caso in cui il coniuge abbia fatto liberalità a terze persone ed al suo consorte, convenga attenersi ora all' art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*, ora all' art. 1094, secondochè l' uno o l' altro autorizzasse, nel caso di cui si trattasse, le maggiori disposizioni; mentrechè noi ponghiamo a questo parere un limite importante, cioè: di dover essere così ogni qualvolta il coniuge avrà disposto in ultimo luogo a favore del suo consorte, ma non quando, dopo di aver donato a costui, col contratto matrimoniale, la disponibile ordinaria, volesse il coniuge, col favore dall' art. 1094, oltrepassare questa disponibile a favore di un estraneo o anche di un figlio, donandogli ciò che tale articolo permetterebbe di attribuire al consorte al di là di tale medesima disponibile. Non per altri che pei coniugi fu questo articolo indrotto.

797. Circa al modo di riduzione, allorchè le donazioni sieno eccessive, seguonsi le regole ordinarie, poichè non avvene speciali nel Codice su questo caso.

In conseguenza se le liberalità sieno state fatte con atti tra vivi e con atti rivocabili, la riduzione cade da prima sui legati e sulle donazioni che fossero state fatte tra coniugi durante il matrimonio; poi sull' ultima donazione tra vivi irrevocabile, e risalendo alle più antiche in conformità della regola generale stabilita dall' art. 923 c. c. =

840 ll. cc., e di ciò che sviluppammo nel tomo precedente.

Se le liberalità fatte in favore del coniuge e di un estraneo o di un figlio, sieno state fatte col medesimo testamento, o con testamenti diversi, ma non rivocando esplicitamente nè implicitamente le disposizioni anteriori, per causa d'incompatibilità, seguesi pure la regola generale dell'art. 926 c. c.= *843 ll. cc.*, il quale vuole che la riduzione sia fatta *pro rata*, senza distinzione fra le disposizioni universali e le disposizioni particolari, ammenochè il testatore non avesse manifestata la volontà che una di esse fosse soddisfatta in preferenza; art. 927 c. c. = *844 ll. cc.*

Talchè se un padre avente tre figli o più, abbia col suo testamento legato a sua moglie il quarto in proprietà ed il quarto in usufrutto, e ad un suo figlio il quarto in proprietà, niuna delle donazioni prese isolatamente eccede la disponibile dell'art. 1094 o dell'art. 913 c. c. =*829 ll. cc.*; ma riunite eccedono ciò di cui il testatore poteva disporre: avvi dunque luogo a riduzione, e secondo Toullier (1), dev'esser fatta *pro rata*, sotto pena di violazione dell'art. 726 c.c.=*647 ll. cc.* In questo

(1) Tomo V, n.° 872.

Grenier il quale aveva pure ammessa nella prima edizione della sua opera la riduzione *pro rata* per le donazioni testamentarie fatte ad un coniuge e ad un estraneo o ad un figlio, ha preteso nella seconda (tomo II, pag. 311) che le Corti di Torino e di Agen si pronunziarono espressamente contro questa riduzione colle loro decisioni de' 15 aprile e 22 agosto 1810, e che esse giudicarono di

caso vi sarebbe ancora necessità di stimare ciocchè valer possa l'usufrutto del quarto donato alla moglie, ed ove si dica di essere della metà della proprietà del quarto, sarebbe in conseguenza di $\frac{3}{24}$, che uniti ai $\frac{6}{24}$ donati in proprietà benanche a quest' ultima, formerebbero $\frac{9}{24}$ la donazione fatta al figlio essendo del quarto in proprietà, è in conseguenza di $\frac{6}{24}$; totale, $\frac{15}{24}$. Ma siccome le donazioni riunite non potevano eccedere $\frac{9}{24}$, giusta l' art. 1094, il quale autorizza nondimeno in tal caso la maggior disponibile, sono esse riducibili di $\frac{6}{24}$, la qual riduzione debbono esse sopportare proporzionatamente secondo Toullier, cioè quella della moglie per $\frac{9}{24}$, e quella del figlio per $\frac{6}{24}$. Talchè supponendo una eredità di 24, 000 fr., la donazione fatta alla moglie, ch'è d' un valore di 9, 000 fr., dev' essere ridotta di 3,600 e ricondotta ad un valore di 5,400; quella del fi-

---

non potere l' art. 926 c. c. = *843 ll. cc.* applicarsi in alcun modo a questi legati; e procura di giustificare tale opinione.

Ma Toullier (nel medesimo luogo) dice che queste Corti non giudicarono di non essere applicabile a tali donazioni il detto art. 926, e che se lo avessero deciso in dritto, la loro decisione sarebbe stata esposta a cassazione. Vero è che esse fecero la riduzione secondo le circostanze della causa; e convien pure osservare che nella specie della decisione della Corte di Torino, le donazioni eransi fatte da un marito avente figli di un primo letto, il che non permetteva che eccedessero mai il quarto.

Nel caso trattato nel n.° 786, di sopra, non abbiam fatto cadere la riduzione sull' usufrutto del quarto lasciato alla moglie, perchè ci è sembrato che nella specie la volontà del testatore era contraria; e vorremmo che l' estraneo non profittasse mai dell'estensione data alla facoltà di disporre dall' art. 1094.

glio è ridotta di 2,400, e si trova essere in sostanza di 3,600: totale 9,000 fr. donati, e che potettero esserlo in virtù dell'art. 1094, benchè, secondo l'art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*, avendo il padre tre figli o più, non gli sarebbe stato lecito di donare oltre il quarto, o sia 6,000 fr.

798. Secondo l'art. 904 c. c. = *820 ll. cc.*, il minore in età di anni sedici (a) non può do-

(a) Presso noi colla decisione del 1.° settembre 1826 emessa dalla seconda Camera della G. C. Civile di Napoli nella causa tra *Fratantuono* e *Fratantuono*, si giudicò in conformità del parere di *Toullier*, (*) *Delvincourt* (**), *Dalloz* (***) e *Duranton* (****), che gli anni sedici dovessero essere compiti. L' istessa intelligenza davasi pure dagli antichi parlamenti di Francia, siccome manifestasi dal *Merlin* nel *Repertorio generale*, parola *Testamento*, *Sezione* 1., *art.* 3. §. 6. Le leggi Romane erano anche consentanee a tali teoriche.

In effetti la glosa, nel comentare la legge *48 ff. de condit. et demonstrat.*, avvertiva: *Titio agenti decem annos legavi centum*, CUM AD DECIMUM SEXTUM ANNUM PERVENISSET ET DECESSI: *POSTEA* TITIUS *praedictus ingressus fuit decimum sextum annum. Namquid videtur adhuc venisse dies fideicommissi, ut sic possit petere centum? Dicitur quod non, nisi compleat decimum: et ita etiam judicavit imperator Aurelius Antoninus.*

Nelle leggi 21 §. ult. ff. *de annuis legat.* 5 cod. *quando dies legati vel fideicom. cœdit*, e 49 ff. *de legat.* 1.° si rattrovano tre altri esempii dimostranti che la parola PERVENERIT si adopera per indicare l' anno compito. Nell' ultima detta legge Ulpiano osserva che su tale dottrina *certo jure utimur*, e la risoluzione della specie che propone la riporta come conseguenza di siffatta dottrina, adoprando l' espressione ERGO: teorica che lo stesso Ulpiano nella legge 1. §. 2. ff. *de postul.* estende nel parlar di coloro cui era vietato lo stare

(*) Tom. 2, n.' 1226 e 1354, e tom. 5. n. 60.

(**) Sull' art. 904, nota 14.

(***) *Dispositions entre vifs et testamentaires*, chap. 2. sec. 2, n. 3.

(****) Tom 8. n.° 186.

nare per testamento che la metà di ciò di cui potrebbe disporre se fosse maggiore: dunque non può

---

in giudizio, e che concorda colle leggi 1. ff. *de manumiss.* 3 e 4 ff. *de minor.*, e 66 ff. *de verbor. obligat.* che definivano il principio ed il termine della minore età. Siffatte dottrine elevavansi a regole generali nel dritto romano, come risulta dalle leggi 49 ff. *de legat.* 1, dalla celebre legge Anniculus, 134 ff. *di Verbor. signification.* Lo stesso veniva disposto dalla maggior parte delle consuetudini di Francia: *Pothier* nel trattato *delle disposizioni testamentarie*, *cap.* 3 *sez.* 1, *art.* 2. *Domat parte* 2, *lib.* 3, *sez.* 2, *tit.* 1.

A questi principii costanti di dritto facevasi eccezione colle leggi 8 ff. *de muneribus*, 5, 8, 22 ff. *de annuis legatis*: 74 ff. *ad Senat. Cons. Trebellianum*, 16, 40 e 42 ff. *de manumissis*, per gli uffizii municipali personali ed onorifici, per l' annuo legato, che si trasmetteva quando era principiato l'anno, e per interpetrazionidella volontà del testatore, per la libertà, come cose tutte degne di essere favorite; e pure colla detta legge 49 ff. *de condition. et demonstrat.*, e colla legge 5. *Cod. si mancipium ita fuerit alineatum*, si decise che facendosi a taluno il legato di una somma, o della libertà, allorchè avesse dieci anni, ovvero vendendosi una serva di anni sette a condizione di divenire libera quando avesse anni venticinque, si dovesse attendere il compimento dell' ultimo anno, per potersi consegnire sia il legato, sia la libertà.

Trattandosi poi di misurare il tempo dell'età minore, che calcolavasi a giorni, e la capacità di testare, il favore della leggenel computo dell' eta unicamente consisteva nel dare per compiuto non l' anno, ma sì bene l'ultimo giorno di esso, perchè (siccome si scorge dalle leggi 40 ff. *qui testam. facere possit*, 5 cod. *quando dies legati cœdit.*, 132 ff. *de verb. signif.*, dalla legge *unica* cod. *qui œtat. se excusant.*, non che dalle di sopra citate leggi 3 e 4 ff. *de minor.*, 66 ff. *de verb. obbligat:* 49 ff. *de legat.* 1., 134 ff. *de verbor. signif.*, 48 ff. *de condit. et. demonstrat.*) l'età della capacità di testare e della pubertà era composta di anni civili ossia compiuti, che si computavano da giorno a giorno, e non da momento a momento, reputandosi per compiuta la età, quando entravasi nell' ultimo giorno del decimoquarto anno compiuto, bastando che il testamento, secondo l' espressioni della legge 5 ff. *qui testam. facere possunt*, fosse stato fatto dopo la mezza notte del precedente giorno. *Donello*

donare al suo coniuge che questa metà; imperocchè non potrebbe donare che una simile quanti-

---

della legge cod. 4 *qui testamenta facere possunt, Voet, in pandectas, tit. de præscription. e Cuiacio* sulla legge *qua ætate* (tomo 7 ediz. di Napoli col. 1042) sviluppano colla solita loro chiarezza e precisione siffatte nozioni, ed anzi il Cuiacio stabilisce la concordanza tra le diverse leggi del dritto romano, specialmente colla detta l. 74 ff. *ad S. C. Trebel.*, ed a questo auro comento Gotofredo e tutti gli altri interpetri si rapportano. Merlin nel *Repertorio*, parola *anno*, dice: *Allorchè si tratta di donazione o di disposizione testamentaria, bisogna che l' ultimo anno dell' età richiesta per la facoltà di donare tra vivi o per testamento, sia compiuto, o almeno che sia (il disponente) pervenuto all' ultimo giorno dell' anno.* Il nostro Basta (*lib. 2. tit. 15 §. V. Instit. juris privat. Neapol.*) nel far conoscere il disposto della legge 5, ff. *qui testam. facere poss.*, insegna: *Puberes vero facti, idest XIV anno in mascolis expletos, XII in fœminis, etiam ultimo die incepto postremi anni testari possunt*: ed il Duareno anzi sulla legge 3, ff. *de minor. 25 annis*, ne fa l' oggetto di una quistione, che risolve a favore del testamento (*)

(*) Ecco le parole del Duareno:

Sed varietas juris difficultatem parit: nam alibi dicitur, cœptum diem pro completo haberi, ac diem ultimum anni duodecimi, etsi cœptus tantum sit, pro completo haberi. l. qua ætate ff. de testam. Simile est quod dicitur in l. in usucapionibus de usucap. et l. ult. de diver. et temp. præscript: in usucapionibus tempus a momento ad momentum non computatur: triennium accipimus, ut ultimus dies cœptus, pro completo habeatur, etsi ultimus dies cœptus completus non sit. Huic respondet, quando jureconsultus legem Eliam Sentiam interpretatur, quæ vetat ne minor viginti annis servos manumittat, quæritur quis sit habendus minor, et inquit Ulpiamus minorem non esse, qui diem supremum agit anni 20. leg. 1. ff. de manumiss. Eodem pertinet quod Paulus inquit leg. anniculus ff. de ver. sign. anniculum, non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dici, incipiente plane, non exacto die: quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus: igitur qui decedit trecentesimo sexagesimo quinto die cœpto, dicitur anniculus decedere. Hic vero contra], nam tempus a

tà anche al suo ascendente, anche al suo figlio. Ciò appunto dimostrammo nel tomo precedente(n.° 187),

---

momento ad momentum asserimus computari. Sed omnibus in his speciebus ratio deprehenditur, ob quam dies cœptus pro completo habetur. Questio est d. l. *qua ætate* ff. *de testam. qua ætate quis possit testamentum facere; lex præstituit 14 annos masculi, et 12 fœminis, et cum quæritur, an qui attigit ultimum diem possit testamentum facere, ambigua oratio est, verum favor testamentorum suadet, ut benignius interpretemur, eique detur potius condendi testamenti facultas, quam ut denegetur. Idem in usucapionibus jus receptum est, ut is qui bona fide rem possidet, eam rem sibi acquirat. Ideoque cum tractatur, an triennio sit dicendus possedisse is, qui diem trienni ultimum attigit, favor bonæ fidei possessionis exigit, ut ita interpretemur, et dies cœptus pro completo habeatur, ne dominia rerum in incerto maneant;* l. 1.ff. *de usucap. seu usurpa. Sic etiam propter libertatum favorem benignius interpretamur, in* l. 1. ff. *de manumiss. in restitutione autem minoris, de qua hic loquimur, tempus a momento ad momenium computamus, qui minorum favor id exigit. Si igitur minor ultimo die vigesimi quinti anni negotium contraxerit, favor postulat, ut non ei restitutio denegetur, nisi tempus novissimum prœterierit. Sic in prœscriptionibus temporum, a momento ad momentum tempus computatur. l. in omnibus 1. ff. de action. et obligat. Quœdam actiones tempore finiuntur, an id tempus a momento ad momentum computabimus? ita, quia nullus est favor, qui diem cœptum pro completo habendum esse suadeat.*

Siffatta massima del dritto romano sul compimento del termine dell'età per disporre con testamento venne quasi accolta generalmente. Il celebre Maffei (*lib. 4. cap. 2. Inst. juris civ. Neapol.*) così si esprime: *Langobardi penes quos nullus testamentorum usus, potuere, adhuc si filii familias essent, res suas, ut libitum,* TINGHARE, *modo parentes sine justa causa non exheredarent. Et Normanni, qui testamentorum usum receperant, indiscriminatim permiserunt iis, qui perfectæ ætatis essent, quales erant hi, qui vigesimum annum excesserant, de rebus suis testamentum condere: immo aliquam etiam testamenti factionem indulsere iis, qui sextum decimum ætatis annum compleverant. Hinc apud nos introductum, ut qui jure Normanno, seu Francorum viverent, aduc filii familias testamentum facere possent.*

dove citiamo una decisione della Corte di Parigi degli 11 dicembre 1812 (1), la quale giudicò in questo senso.

E la sua *capacità* sarebbe la stessa, ancorchè morisse in età maggiore col medesimo testamento (2).

Questa regola riguardo alla misura del tempo civile aveva generalmente luogo nelle cose degne di favore, nelle quali davasi per compito l'ultimo giorno dell'anno, nel mentre nelle cose odiose dovea siffatto giorno pure compirsi. Le leggi 15 ff. *de divers. tempor. præscript:* 6 e 7 ff. *de usurpat. et usucap.*, ci porgono l'esempio delle prescrizioni ed altre eccezioni degne di favore, e la legge 6 ff. *de obligat. et action.* ci somministra l'esempio delle azioni temporali, che stimavansi odiose, per cui Gotofredo nella concordanza di questa legge colle precedenti, avverte che le prescrizioni temporali delle quali parlavasi erano la *redibitoria*, quella *quanti minoris*, e le *edilizie*, ed altre simili, e che la ragione di tale differenza dipende dall'essere le precedenti meritevoli di favore, e queste ultime odiose.

La legge in vero negli art. 152, 165, 270, 400, 401, 411, 265, 298 e 465 delle leggi civili precisa di dover gli anni esser compiti. In altri casi tale sanzione è implicita, come a cagion di esempio si desume dagli art. 39 e 121 ravvicinati cogli art. 311 e 127 delle stesse leggi civili. Nel progetto del codice civile presentato in Francia al Consiglio di Stato si accordava la fazione del testamento ai minori emancipati ossia a quei di quindici, o di diciotto anni compiti, secondo il pscscritto dai suddetti articoli 400 e 401. È poi incontrastabile, che trattandosi di capacità si richiede sempre il *il compimento del termine*, in guisa che volendosi derogare a questo principio, non ostante che trattavasi di *favore*, si disse espressamente nell'art. 1936 delle dette leggi civili, esser sufficiente che sia principiato l'anno settantesimo, per esentarsi i settuagenarii dall'arresto personale. Trad.

(1) *Sirey*, 13, 2, 52.

(2) *V.* pure nel tomo precedente n.[i] 176 e 188. In questo primo numero citiamo la decisione della Corte di Lione e poi l'arresto della Corte di cassazione, che stabilirono la massima che colui il quale abbia fatto un testamento in età minore e sia morto di poi in età maggiore col medesimo testamento non potè donare con questo atto se non la metà di ciò di cui avrebbe potuto disporre se fosse stato maggiore al momento in cui lo faceva.

Infine intorno alla quistione se possa un minore disporre a favore del suo consorte durante il matrimonio con atto tra vivi, *V.* del pari ciocchè fu detto nel tomo precedente, n.° 184.

§. II.

Della porzione di beni che può donare al suo nuovo coniuge l'uomo o la donna che lasci figli di precedente matrimonio.

799. « L'uomo o la donna che, avendo figli di « altro matrimonio, ne contragga un secondo o « o altro ulteriore, non potrà donare al nuovo con- « iuge più della quota di quel figlio legittimo che « prenderà il meno, e senza che in nessun caso « queste donazioni possano eccedere il quarto de' « beni; art. 1098 c. c. = *1052 ll. cc.* »

800. Benchè la parola *figli* sia qui adoperata in plurale, nondimeno il dritto è lo stesso, ancorchè vi fosse soltanto un figlio. Si è sempre inteso così, e il divieto di donare oltre il quarto confermerebbe, se ve ne fosse bisogno, tale interpetrazione. Altronde non è questo il solo esempio nel Codice in cui la parola *figli*, usata in plurale, s'intenda ugualmente d'un solo figlio: l'art. 960 c. c. = *885 ll. cc.* fra gli altri ce ne porge uno.

801. Il principio della disposizione del nostro suddetto art. 1098 si trova nella celebre legge *Hac edictali*, 6 nel Codice, *de secundis nuptiis*, la

quale vietava in sostanza ad un coniuge avente figli di un primo letto, di donare al suo nuovo consorte al di là della quota di quel figlio *che prendesse il meno*, ed ordinava che tutto quel che eccedesse rimarrebbe inutile e diffalcato.

L' Editto delle seconde nozze, disteso dal Cancelliere de L' Hospital, e promulgato da Francesco II, aveva convalidata tale disposizione. Questo editto aveva due capi.

Col primo era ordinato al coniuge rimaritato di conservare, uniformemente alle ll. 3 e 5 nel Codice *de secundis nuptiis*, ai figli del suo primo letto tuttociò che aveva ricevuto dal primo coniuge; talmentechè non ne aveva più che l' usufrutto.

Questa disposizione non fu conservata dal Codice.

Il secondo capo sanciva la disposizione della legge *Hac edictali* nel medesimo titolo: nondimeno l'aveva applicata solo alle donne rimaritate; ma la giurisprudenza l'aveva estesa agli uomini, e appunto in siffatto senso noi la ritroviamo nel Codice civile, ma con questa disposizione addizionale, che qualunque sia il numero de' figli, la donazione a favore del novello coniuge non può mai eccedere il quarto; mentrechè giusta l' editto e la legge romana, il secondo coniuge poteva ricevere una quota di quel figlio *che prendesse il meno*, sia che ascendesse o pur no oltre il quarto. Si credè che il coniuge s' indurrebbe più facilmente a donare al suo novello consorte, in dan-

no de' suoi figli del primo letto, di quel che donerebbe ad estranei; e giusta una regola di frequentissima applicazione nelle leggi (1), si volle interdirgli ciocchè farebbe troppo volentieri, lasciandogli nondimeno la libera disposizione di una certa parte di beni.

802. Adunque dall' art. 1098 c. c. = *1052 ll. cc.* combinato coll'art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*, risulta che se il coniuge, allorchè doni al suo novello consorte, abbia già disposto di una parte de' proprii beni, vero è che può esaurire in favor di lui ciò che gli rimane della disponibile; ma non può andar oltre, e non lo può sempre che donandogli una quota di quel figlio che prenda il meno, senza che la donazione possa eccedere il quarto.

Risulta pure dal nostro art. 1098 che se, stante l' esistenza di un figlio naturale riconosciuto, il quale abbia dritti sull' eredità, o stante la precapienza fatta ad un figlio, non importa se del primo o del secondo letto, i figli legittimi nel primo caso, e gli altri figli nel secondo, si trovassero ridotti ad una parte inferiore a quella che essi avrebbero avuta senza queste circostanze, il novello coniuge non potrebbe sempre avere al più che una parte uguale a quella del figlio il quale prendesse il meno.

(1) *Passim videmus ea sola in legibus prohiberi quæ facile fieri possunt cum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter.* Vinnio ad Instit. tit. *quibus alienare licet, vel non licet; princip.*

*

Per esempio, otto figli (di un primo letto e del secondo matrimonio, ciò è indifferente tostochè ve ne sono del primo letto, ancorchè fosse un solo); 60,000 franchi di beni in tempo della morte, dedotti tutti i debiti; donazione di 6,000 fr. per anteparte ad uno di essi, o ad un estraneo poco monta. Rimangono ancora 9,000 fr. di disponibile ordinaria (art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*), ma siccome ciascuno degli otto figli non può avere questa somma nei rimanenti 54,000 fr., ed il novello sposo aver non può che una quota di quel figlio legittimo che prenda il meno, questi 54,000 fr. debbono dividersi fittiziamente in nove parti, lo che darà una disponibile di 6,000 fr. soltanto a favore del novello coniuge, e se abbia ricevuto al di là, vi sarà riduzione.

Ed in fatti non bisogna operare stabilendo da pricipio la parte di ciascun figlio nei rimanenti 54,000 fr., lo che formerebbe per ciascuno 6,750 fr., e determinare la disponibile in favore del novello coniuge sopra una di queste parti; imperocchè essa non potrebbe esser tale che mediante la loro riduzione, attesochè non si può trovare nove volte 6,750 fr. in una somma di 54,000, ed il nuovo coniuge non può aver cosa alcuna oltre ciò che ha il figlio meno vantaggiato.

Da un' altra banda, non convien fare in modo che il novello coniuge non avesse alcuna porzione in ciocchè si volesse da prima diffalcargli. Per esempio, nella specie di un' eredità di 72,000 fr. e

quattro figli e di una donazione al coniuge di 24,000 fr.; siccome ciascun figlio, indipendentemente da questa donazione, avrebbe avuto 18,000 fr., non bisogna prendere da ciò le mosse per diffalcare da principio 6,000 franchi al novello coniuge, il quale ne ebbe 24,000, e ripartire questi 6,000 fr. tra i quattro figli soltanto, il che darebbe a ciascun di essi 1500 fr. di più che al coniuge donatario; all'opposto costui ha dritto pure al quinto di questi 6,000 fr. o a 1,200 franchi. Talmentechè in ultimo, siccome deve avere il quinto de' 72,000 fr., gli toccano 14,400 fr., e sarà ridotto di 9,600.

Se vi fosse un solo figlio, il novello coniuge non potrebbe sempre ricevere che il quarto, ma il dippiù della quota disponibile potrebbe essere donato ad altre persone, come nei casi ordinarii.

803. Se il coniuge che si rimariti abbia soltanto nipoti, questi nipoti nati dal medesimo padre o dalla medesima madre li rappresentano, e non contano tutti insieme che pel figlio da cui discendono; art. 914 c. c. = *830 ll. cc.* (1).

804. Siccome l'editto delle seconde nozze vietava alle vedove aventi figli di donare *ai loro nuovi mariti* oltre una quota del figlio meno vantaggiato, s'interpetravano queste espressioni *ai loro nuovi mariti*, in senso collettivo, e non distributivo; come se la legge avesse detto: non potrà la moglie donare a *tutti i suoi mariti* insieme che una quota di

(1) *V.* tomo precedente, n.i 289 e 290.

figlio: donde conchiudevasi che quella la quale aveva già donato questa parte ad un secondo marito non poteva donar cosa alcuna ad un terzo.

L'art. 1098 c. c. = *1052 ll. cc.*, lungi da ciò, non richiede una tale interpetrazione: esso si limita a vietare all'uomo o alla donna avente figli di un altro letto, e che contragga un secondo o *susseguente* matrimonio, di donare al suo *nuovo coniuge* al di là di una quota di quel figlio legittimo che prenda il meno, senza che mai questa quota possa eccedere il quarto.

Toullier conviene che siffatto testo non è così favorevole come quello dell' editto alla suddetta interpetrazione, ma nondimeno che bisogna intenderlo nello stesso senso in cui l' intendeva l' editto, giacchè altrimenti ne seguirebbe, egli dice, che il Codice il quale, riguardo a quelli che abbiano figli di un primo letto, volle restringere al di sotto della porzione disponibile, stabilita dall' art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*, la facoltà di disporre in favore di un nuovo coniuge, l'avrebbe imprudentemente aumentata. Supponiamo, soggiunge Toullier per dimostrare una cosa la quale non aveva bisogno di esserlo, che un vedovo avente tre figli doni tra vivi ad una seconda moglie, per contratto di matrimonio, un corpo certo equivalente al quarto de' suoi beni: la donazione non è eccessiva, poichè ciascuno de' tre figli ha ugualmente un quarto. Questa seconda moglie muore, lasciando a collaterali la donazione che avea ricevuto da suo marito. Se

costui sposando una terza donna potesse ancora donarle qualche cosa, è evidente che eccederebbe la quota permessa dal cennato art. 913, quota la quale l'art. 1094 c. c. permette di eccedere in favore di una moglie, soltanto a quello che non abbia figli di un primo letto; mentrechè il Codice restringe questa quota riguardo a quello che abbia già figli.

Fa in realtà meraviglia il motivo che Toullier porge in sostegno della sua dottrina. Quel giureconsulto non vide effettivamente la quistione nel suo vero aspetto. Ognuno gli acccorderà con facilità che un uomo non possa donare indistintamente alle sue diverse mogli la disponibile stabilita dall'art. 1098 c. c. = *1052 ll. cc.*, e non sarebbe venuto in animo ad alcuno d' interpetrar la legge in questo senso; ma non bisogna conchiudere da ciò che permettendo ad un uomo, il quale abbia già donato una quota di figlio alla seconda moglie, di donare qualche altra cosa alla terza, essa avrebbe imprudentemente, e contra il suo voto, aumentata la facoltà di disporre in coloro i quali, avendo figli, passassero a nuove nozze: no, ciò non sarebbe; il dritto comune vi si opporrebbe. Ma da un' altra banda, il dritto comune esclude l'opinione di quel giureconsulto, ed il cennato art. 1098 non la sostiene di vantaggio.

Per esempio, se un vedovo avente un figlio doni il quarto alla sua seconda moglie, e poi un altro quarto alla terza, qual'è mai la disposizione della legge che trovasi lesa? niuna. Non quella dell'art. 913, poichè non si è ecceduta la disponibile ordinaria; non quella dell' articolo

1098 (a), poichè niuna delle due mogli ha ricevuto oltre la quota stabilita da questo articolo; infine nettampoco l'art. 1094, stantechè il medesimo estende, anzichè restringe, la disponibile di questo medesimo art. 1098, e la donazione fatta a ciascuna delle due mogli non eccede la quota da esso determinata. Laonde per niun riguardo può sostenersi l'opinione di Toullier, ed i motivi che egli ne assegna non si riferiscono realmente alla quistione.

805. Però l'art. 1098 non è applicabile solamente alle donazioni dirette ed aperte, ma lo è pure ai casi in cui dalla regola di comunione scelta da'coniugi risultassero vantaggi a pro del nuovo consorte maggiori di quelli permessi da quest'articolo; e tali vantaggi possono nascere dalla confusione de' mobili e de' debiti (art. 1496 c. c.), o dall'attribuzione al novello coniuge della intera comunione, giusta l'art. 1525 c. c., o dalla stipulazione di un'antiparte a suo favore; art. 1515 e 1527 c. c., ec.

806. Per esempio, la moglie la quale abbia figli di un primo letto, e che tenga soltanto 20,000 fr. di debiti, mette nella comunione 40,000 fr. di mobili, ed il marito pone soltanto 20,000 franchi di mobili, ed ha 40,000 fr. di debiti.

I debiti dell'uno e dell'altra son caduti a peso della comunione.

Fatte tutte le compensazioni, la moglie ha posto in realtà 20,000 fr. nella comunione, ed il ma-

(a) Vedi l'antecedente nota al n.° 781 di questo volume. Trad.

rito ha oberato la comunione di 20,000 fr.: differenza di più in meno di una somma di 40,000 fr.

Se la moglie accetti la comunione, essa avrà vantaggiato suo marito di 20,000 fr., cioè di 10,000 fr. risultanti dall' ineguaglianza delle somme apportate, e di 10,000 fran. a motivo dell' ineguaglianza de' debiti. E se ella rinuncii alla comunione senza riprendere le somme arrecate, giacchè non avesse stipulato questo patto, siccome perde tuttociò che vi sia entrato da parte sua (art. 1492 c. c.), ma nondimeno siccome i suoi 20,000 fr. di debiti rimarranno a carico del marito o de' costui eredi, si troverà pure di averlo vantaggiato di 20,000 fr., ma di questa somma soltanto.

807. Pothier (1) non aveva alcun riguardo alle eredità di mobili devolute durante il matrimonio alla persona avente figli di un primo letto; e Toullier seguì la sua opinione. Egli si atteneva soltanto all'ineguaglianza delle cose arrecate in tempo del matrimonio (anche quando tale ineguaglianza fosse in isvantaggio del coniuge rimaritato), giacchè essa presenta qualche cosa di determinato e di certo; mentrechè non offrendo le eredità devolute dopo la celebrazione del matrimonio nulla di certo e di determinato, non puossi dire, soggiunge Pothier, che il coniuge, scegliendo la regola di comunione, abbia voluto vantaggiare il suo novello consorte mediante tali eredità.

---

(1) *Contratto di matrimonio*, n.° 553: egli cita in sostegno del suo parere Bretonnier sopra Henrys.

Noi non sapremmo uniformarci a questa risoluzione vigente il Codice: l'art. 1527 c. c. non fa alcuna distinzione; che anzi ne esclude qualunque a tal riguardo. Esso dice: *ogni convenzione che tendesse nei suoi effetti, ec.*: or quella di cui trattasi tendeva a far entrare le eredità nella comunione: era questo uno de' suoi effetti. Altronde, come benissimo l' osserva Delvincourt ch'é del nostro parere su questo punto, l' art. 1496 c. c. dispone, senza distinguere in alcun modo tra i mobili devoluti durante il matrimonio e quelli arrecati in tempo del medesimo, che i figli del primo letto possono agire per la riduzione *se la confusione del mobiliare e de' debiti producesse a favore di uno de' coniugi, un vantaggio superiore a quello ch' è autorizzato dall' art.* 1098 c. c. = *1052 ll. cc.* Or non puossi negare che tale confusione esista così pe' mobili devoluti durante il matrimonio, che per quelli devoluti dopo.

Se l'eredità si devolvesse al novello coniuge il quale abbia dapprima arrecato assai meno del suo consorte, essa ristabilirebbe più o meno l' uguaglianza, e certamente converrebbe allora prenderla in considerazione nello spirito di questo articolo per applicarne la disposizione. Perchè dunque avverrebbe mai diversamente quando l' eredità pervenisse al coniuge avente figli? Altronde che importa che egli abbia voluto o pur no procurare un vantaggio al suo novello consorte? lo fece, e ciò basta. La sua convenzione tendeva *ne' suoi effetti* a procu-

rargli questo vantaggio, e l'art. 1527 c. c. non richiede altro. Sarà anche raro che i coniugi non volgano lo sguardo alle successioni che, secondo le probabilità, possono devolversi a quello che si rimarita. In somma il Codice non distingue, ma al contrario esclude ogni distinzione.

808. E quando anche i coniugi non avessero fatto alcun contratto di matrimonio, gli art. 1496, 1527 e 1098 c. c. = *1052 ll. cc.* insiem combinati, non sarebbero meno applicabili; giacchè avrebbero tacitamente scelta la regola della comunione legale, sapendo o riputandosi di sapere che i loro interessi matrimoniali verrebbero moderati da questa regola. Egli è come se avessero fatto una *convenzione* a tal riguardo: ne sarebbe una tacita.

809. Del resto, secondo lo stesso art. 1527, i semplici utili risultanti dai lavori comuni e dalle economie fatte pei proventi rispettivi, benchè ineguali, de' due coniugi, non sono considerati come un vantaggio fatto in danno de' figli del primo letto.

810. Questa disposizione deve tuttavolta applicarsi unicamente ai casi in cui la comunione sia divisa col coniuge le cui rendite fossero assai più considerevoli di quelle del nuovo consorte, giacchè allora puossi supporre che l'opulenza di tal comunione sia potuta derivar pure dai lavori di quest' ultimo, nonchè dall' ordine e dall' economia da lui tenuta in amministrare le cose domestiche. Ma non si può compensare l'ineguaglianza delle

rendite allorchè il coniuge che ne avesse più considerevoli non prenda parte nella comunione, poichè siasi stipulato, in virtù dell' art. 1525 c. c., che essa apparterrebbe per intero al nuovo coniuge. In tal caso avvi effettivamente vantaggio indiretto per quest' ultimo, di tutta la differenza che sia esistita tra le rendite rispettive, e perciò vi è luogo ad applicare l' art. 1527 c. c. nella sua prima disposizione.

Tanto fu giudicato dalla Corte Suprema con arresto di cassazione del 24 maggio 1808 (1). Nella specie i due coniugi erano entrambi vedovi ed avevano entrambi figli. Si erano essi sottoposti alla regola della comunione, stipulando che la medesima apparterrebbe al *superstite*. I beni arrecati dal marito si valutarono a 22,497 fr. e quelli della moglie a 39,500 fr.

La moglie sopravvisse: ella non dimandava che i beni arrecati dal marito non fossero calcolati in ciò di cui egli poteva disporre a favor suo, ma pretendeva che gli utili ottenuti durante il matrimonio e che erano assai considerevoli, non fossero riguardati come un vantaggio fatto in danno de' figli del primo letto del marito: in conseguenza voleva che essi non venissero posti a calcolo sulle donazioni che le erano state fatte dal marito.

La corte di Douai aveva accolte queste conclusioni, ma la sua decisione fu cassata, non ostan-

(1) Riformando una decisione della Corte di Douai del 19 novembre 1806; *Sirey*, 1808, 1, 328.

te la doppia circostanza, 1.° che la comunione non erasi stipulata a favor della moglie, ma a vantaggio del supersiste indistintamente, lo che faceva della clausola un contratto eleatorio, esclusivo in conseguenza dell' intenzione nel marito di aver voluto vantaggiare la sua nuova moglie in detrimento de' figli del primo letto (1); e 2.° che i beni arrecati dalla moglie superstite erano assai superiori a quelli del marito.

La Corte di cassazione con suo arresto giudicò due cose: 1.° Che la convenzione colla quale la totalità della comunione apparterrà allo sposo *supersiste*, convenzione permessa dall' art. 1525 c. c., deve esser modificata ne' suoi effetti dall' art. 1527 prima parte, combinata coll' art. 1098 c. c. = *1052 ll. cc.*; e 2.o che la seconda disposizione di questo art. 1527 non deve intendersi del caso in cui una stipulazione chiamasse il novello coniuge, anche trattandosi di sopravvivenza soltanto, alla totalità della comunione, in danno de' figli di un primo letto del coniuge; che in tal caso tuttociò che eccede la metà degli utili ottenuti sulle rendite uguali o ineguali de' consorti a vantaggio del novello coniuge, va riguardato come un vantaggio fatto a costui, imputabile per conseguenza sopra ciò di cui il coniuge avente figli di un primo letto poteva disporre in suo favore.

---

(1) Ciò conferma ancora la nostra opinione sul caso in cui siensi devolute eredità di mobili durante il matrimonio al coniuge avente figli.

811. Pothier (1) agita la quistione se l'industria del nuovo marito possa compensare il di più arrecato dalla moglie avente figli di un primo letto. Per massima egli opina per la negativa, ma ammette nondimeno questa compensazione allorchè il nuovo marito possegga abbia un' industria o una professione i cui prodotti sieno assai considerevoli ed abbiano grandemente aumentato la comunione.

Noi siamo del parer suo, e al par di lui risolviamo la quistione secondo le circostanze della causa, ammettendo tale compensazione sol qualora queste circostanze fossero favorevolissime.

812. La convenzione con cui si stabilisse come a cottimo la parte della seconda moglie nella comunione, e che le attribuisse una somma maggior di quella che avrebbe avuta nella divisione, sarebbe anche riguardata come un vantaggio a di lei favore (2); purchè nondimeno le attribuisse valori superiori a quelli che fossero entrati per parte sua nella comunione in tempo del matrimonio o durante il matrimonio.

813. Infine la clausola di antiparte a favore della seconda moglie può ugualmente contenere un vantaggio a di lei favore, considerando i rispettivi beni arrecati dai coniugi; sia in tempo del matrimonio, sia durante questo. Vero è che l'art. 1516 c.c. dice che l'antiparte non vien riguardata come un vantaggio sottoposto alle *formalità* delle

(1) *Trattato del contratto di matrimonio*, n.° 552.

(2) Pothier, *ibid*, n.° 556.

donazioni, ma come una convenzione matrimoniale: nondimeno ciò non impedisce che *nel merito* possa costituire una vera liberalità. Converrebbe dunque valutarla secondo le circostanze, in ragione de' rispettivi beni arrecati da' coniugi; e se la seconda moglie l' avesse stipulata anche in caso di rinuncia alla comunione, ed ella in fatti rinunziasse per esercitarla, sarebbe generalmente riputato vantaggio per quel che eccedesse ciocchè fosse entrato da parte di lei nella comunione.

814. La stipulazione di una somma per abiti di lutto, racchiusa in limiti ragionevoli, secondo lo stato e la fortuna delle parti, non sarebbe riguardata come un vantaggio.

Del resto trattando del *contratto di matrimonio* avremo pure occasione di discorrere un'altra volta questi punti e presentare maggiori particolarità.

815. Benchè queste donazioni siensi riguardate poco favorevolmente dal legislatore, nondimeno, fatte col contratto di matrimonio, sono irrevocabili come le altre, nei limiti autorizzati. Possono soltanto ridursi in caso di eccedenza, come quelle fatte durante il matrimonio. A tal riguardo si osservano le seguenti regole:

1.° Se la donazione fatta ad altri che al novello sposo sia anteriore a quella fatta a quest' ultimo e nel tempo stesso sia irrevocabile (1), dev' essere

---

(1) Potrebbe non esserlo, senza supporre per questo che sia un legato o una istituzione contrattuale: per esempio, se consistesse in una cosa di cui il donante si aveva riservata la facoltà di di-

eseguita in preferenza di quella fatta al coniuge: in conseguenza se mai sia della disponibile stabilita dall' art. 913 c. c. = *829 ll. cc.*, quella fatta al coniuge è caduca: se non assorba questa disponibile, quella fatta al coniuge si esegue nei termini dell' art. 1098 c. c. = *1052 ll. cc.*

2.° Avvien lo stesso se quella fatta al novello coniuge, benchè anteriore, sia nondimeno rivocabile per essere stata fatta durante il matrimonio; imperocchè il donante la rivoca sol perchè fa una nuova liberalità la quale essendo incompatibile colla precedente, deve annullare o diminuire gli effetti della prima, secondo ciò che abbiamo detto parlando della rivocazione delle disposizioni testamentarie, e di quelle delle donazioni fatte durante il matrimonio. Supponghiamo del resto l' incompatibilità effettiva delle due liberalità.

3.° Se la donazione fatta al coniuge sia anteriore ed irrevocabile, vien mantenuta in preferenza della donazione posteriore, ma osservando la differenza della disponibile in favore di un novello coniuge e della disponibile in favore di ogni altro.

Se le due disponibili sieno uguali (1), la dona-

---

sporre facendo una donazione nei termini dell'art. 1086 c. c., questa riserva seguita dalla disposizione della cosa avrebbe in fatti rivocato la donazione della medesima. Si troverebbero ancor a altri esempii; imperciochè si comprende che pei testamenti, qualunque sia la loro data, vengono sempre riputati posteriori ad una donazione tra vivi irrevocabile, poichè si reputano fatti nel giorno della morte, almeno per ciò che riguarda la riduzione; art. 923 c. c. = *840 ll. cc.*

(1) Sono eguali nel caso in cui il donante abbia tre figli; egli può

zione fatta all' estraneo posteriormente a quella del coniuge la quale comprendesse tutta la disponibile è annullata.

Se la disponibile in favore del coniuge sia minore della disponibile in vantaggio di ogni altro, la donazione fatta a favore dell' estraneo vien ridotta di ciò che abbia ricevuto legalmente il coniuge, e si limita alla differenza.

4.° Infine se le due donazioni sien rivocabili, *puta* se mai sien fatte entrambe per testamento, col medesimo atto o con atti diversi; ma una delle quali non rivoca l' altra perchè non vi sia incompatibilità, atteso, per esempio, che sieno di somme, allora evvi luogo alla riduzione *pro rata*, in conformità dell' art. 926 c. c. = *843 ll. cc.*, e con la modificazione apportata dall' art. 927 c. c.=*844 ll. cc.*; in modo nondimeno che la donazione fatta al coniuge non ecceda la parte di un figlio che prenda il meno, e non mai il quarto.

Si oprerebbe nello stesso modo se la donazione fatta al novello coniuge avesse avuto luogo con atto tra vivi durante il matrimonio, ma di una quota parte de' beni che il coniuge donante lascerebbe nel

---

donare il quarto al novello coniuge come ad un estraneo o ad un figlio, perchè la parte di ciascun figlio è del quarto attesa la concorrenza del coniuge donatario. Ma quando vi sieno più o meno di tre figli, la disponibile in favore del coniuge è necessariamente minore di quella stabilita a vantaggio di ogni altro, stante che non può mai eccedere il quarto; nè essere maggiore di una quota di figlio legittimo che prenda il meno; mentrechè quella in favore di un' altra persona è del quarto, quando anche vi fossero dieci figli.

giorno di sua morte, osservando nondimeno la regola della rivocazione delle disposizioni anteriori per mezzo di posteriori quando siavi incompatibilità tra le une e le altre. Ma se la donazione fatta al coniuge durante il matrimonio sia di beni presenti, per esempio di un corpo certo, ha effetto dal giorno della sua data, salvo la rivocabilità e la caducità: in conseguenza le disposizioni testamentarie debbono generalmente ridursi prima di questa donazione, quando anche il testamento fosse anteriore.

816. La riduzione delle disposizioni eccessive fatte al novello coniuge ad onta degli art. 1098, 1496 e 1527 c. c. = *1052 ll. cc.*, non può dimandarsi che dai figli dall' anteriore matrimonio, in danno de' quali abbiano avuto luogo. Quelli del secondo letto non di altro possono dolersi se non di ciò che fosse stato donato oltre la disponibile stabilita dall' art. 1094 c. c.: la facoltà di disporre a vantaggio del nuovo consorte non fu limitata nel loro interesse. L'art. 921 c. c. = *838 ll. cc.* richiede pure a questo caso la sua applicazione.

Bisogna da ciò dedurre che se tutti i figli del primo letto muoiano prima del lor padre donante, l' art. 1098 c. c. = *1052 ll. cc.* diviene inapplicabile. Essi non possono impugnare, invocando questo articolo, una donazione senza di cui non si sarebbe forse contratto il matrimonio al quale debbono la vita. Possono dolersi soltanto di ciò che sia stato donato oltre la disponibile dell' art. 1094. Tale era la opinone generale degli autori nell'antica giurisprudenza.

817. Ma la quistione se la riduzione fatta sulla dimanda de' figli del precedente matrimonio debba ad essi soli profittare, ovvero se profitti pure ai figli del secondo letto, non si decideva anticamente nello stesso modo nei paesi di dritto scritto ed in quelli di dritto consuetudinario.

In questi ultimi erasi adottato la disposizione della l. 9. del Cod. *de secundis nuptiis*, che faceva partecipare alle cose diffalcate tutti i figli indistintamente, anche quelli di posteriore matrimonio. Era ancor questo uno di quei casi in cui avevasi per mezzo altrui un dritto che non si sarebbe avuto in nome proprio, giacchè ai figli del primo letto non competeva l' azione per riduzione (1).

In vece che ne' paesi di dritto scritto seguivasi al contrario la novella 22, cap. 27, che aveva abrogato in questo punto la precitata legge 9, ed i figli del primo letto profittavano essi soli del diffalco.

Nel silenzio del Codice, crediamo che la quistione debba decidersi secondo le regole del dritto con-

(1) Abbiamo assai spesso citato esempii di questi casi : nondimeno ne rimembreremo qui due di quelli che offre il Codice civile, indipendentemente da quello ora in esame : 1.° La sopravvegnenza di un figlio legittimo al donante che abbia adottato qualcuno rivoca la donazione, e questa rivocazione, che non si è operata mediante l' adozione, profitta al figlio adottivo; 2.° Se il gravato abbia lasciato un figlio e nipoti di un figlio premorto, questi nipoti concorrono per rappresentazione del loro padre alla sostituzione coi loro zii o zie, in conformità dell'art. 1051 c. c. = *1007 ll. cc.*, mentrechè secondo il modo con cui s'interpetra generalmente questo articolo, e con cui l' abbiamo interpetrato noi stessi, se tutti i figli del gravato sieno morti prima di lui, la sostituzione è caduca, non ostante l' esistenza de' nipoti.

suetudinario. Se la donazione eccessiva non deve nuocere ai figli del primo letto, neanche deve lor profittare: or loro profitterebbe, in detrimento de' figli del secondo letto, se la riduzione fosse pronunciata nel loro solo vantaggio. In fatti se il loro padre donante avesse donato tutto il suo asse ad una seconda moglie, non resterebbe cosa alcuna ai figli del secondo matrimonio, il che sarebbe assurdo. Se il padre non avesse donato oltre ciò che poteva donare, il resto si sarebbe trovato nella sua eredità e sarebbe appartenuto a tutti i suoi figli indistintamente: or l'azione per riduzione tende a rimettere le cose nello stato in cui debbono essere, e nel quale sarebbero state senza l'eccesso delle liberalità. Credevasi anche anticamente (nei paesi di dritto consuetudinario, s' intende) che se i figli del primo letto non si provvedevano per riduzione, o rinunciavano alla loro azione a tal riguardo, quelli del secondo matrimonio non avevano per questo perduto dritto a dimandarla per la loro parte; e ciò era affatto giusto e ragionevole. In somma, vero è che non poteva farsi luogo all' azione in persona de' figli del secondo letto, quando non ne esistevano più del primo nel giorno della morte del donante; ma fatto che vi si era luogo a vantaggio di costoro, lo era nell' utile di tutti (1).

(1) Questa dottrina trovava un sostegno nella legge 10, §, 6, ff. *de bonor. possess. contra tabul.*, che offre altro esempio di un caso in cui può taluno avere per mezzo altrui ciò che non avrebbe se fosse solo. *V.* pure la l. 3, §. 11, *eodem tit.*

818. Ricard e Pothier (1) insegnano che non sia necessario di qualificarsi erede anche beneficato per poter dimandare la riduzione delle liberalità eccessive fatte al novello coniuge, attesochè la legge *Hac edictali* accorda la riduzione della donazione ai *figli* senza richiedere che assumano la qualità di eredi. E nondimeno questi autori insegnavano, giusta le regole de' paesi di dritto consuetudinario, che bisognava essere erede per poter dimandare la legittima. Ma la ragione che assegnano della loro opinione sul caso in esame, non è particolare alle donazioni fatte al nuovo coniuge; applicandosi con la medesima forza a tutte le donazioni fatte da un padre il quale non siasi rimaritato, ed abbiamo spesso dimostrato che per aver dritto alla riserva vigente il Codice, anche per via di ritenuta, bisogna essere erede, almeno beneficiatamente. Laonde non sapremmo uniformarci al parer loro su questo punto.

819. I creditori del coniuge che abbia fatto donazioni tra vivi al suo novello consorte, non possono dimandare la riduzione della donazione tra vivi, nè profittarne (art. 921 c. c. == *838 ll. cc.*) (2), salvo l'esercizio dell' ipoteca, se ne avessero e salvo pure l' annullamento della donazione, se

(1) Ricard *delle donazioni*, part. 3, n. 1301. Pothier, *del contratto di matrimonio*, tomo II, n. 568 e 590; e *delle donazioni tra vivi*; sez. 3, art. 7, §. 4.

(2) *V.* nondimeno in qual senso ciò debba intendersi, nel tomo precedente, n.° 328 e seg.

fosse stata fatta in frode de' loro dritti; art. 1167 c. c. = *1120 ll. cc.*

820. Circa ai suoi donatarii e legatarii, essi neanche possono dimandar la riduzione, nè profittarne (art. 921 c. c. = *838 ll. cc.*); ma bisogna a tal riguardo riportarsi a quanto abbiam detto spiegando questo articolo (1)

821 Per determinare la quota di cui potè disporre il donante, bisogna uniformarsi alle regole stabilite dall' art. 922 c. c. = *839 ll. cc.*: in conseguenza riunire fittiziamente ai beni lasciati in tempo della morte quelli dei quali siasi disposto tra vivi, e calcolare sull' intero, dopo di averne dedotti i debiti, ciò che fu permesso al defunto di donare, sia al suo nuovo coniuge, sia ad altri.

Il coniuge, come donatario, non ha il dritto di dimandare la riduzione delle donazioni tra vivi anteriori alla sua, ed anche per massima non può profittarne (suddetto art. 921); ma ciò non impedisce che queste donazioni debbano essere riunite fittiziamente per fare il calcolo della disponibile stabilita in suo favore, come per fare il calcolo di quella stabilita a favor di ogni altro.

822. La collazione non gli è dovuta dagli eredi del donante, e nondimeno può profittarne indirettamente allorchè sia stata fatta, in quanto che la quota che gli fosse stata donata prendendosi su tuttociò che deve dividersi, si troverebbe per questo stesso motivo aumentata di valore.

(1) In ispecie nel tomo precedente, n.° 326 e seguenti.

823. La donazione fatta al nuovo coniuge non aumentasi per la morte di uno o più figli, allorchè sia di corpi certi o di somme, o anche di una quota de' beni presenti soltanto; ma se sia di una quota de' beni futuri, per esempio di *una parte di figlio*, senz' altra spiegazione, è chiaro che non può essere determinata circa al suo *quantum*, se non con la divisione, ed in conseguenza che è più o meno considerevole (nei limiti nondimeno dell'art. 1098 c. c. = *1052 ll. cc.*), secondochè vi sieno più o meno figli prendenti parte nell' eredità: essa aumenta dunque o diminuisce virtualmente in ragione della morte o della nascita di uno o più figli.

824. Se tutti i figli premorissero, qual sarebbe allora l' estensione della donazione *di una parte di figlio?*

Ricard, e secondo lui Pothier (1) opinava per argomento dedotto da talune leggi romane, che il donatario dovesse avere la metà: *partis appellatio, non adjecta quota, dimidia intelligitur*; l. 154, §. 1, ff. *de verb. signif.* Denizart riferisce una decisione dal 1763 che così lo giudicò.

Toullier basandosi sull' opinione di Grenier, dice di sembrare che vigente il Codice il donatario debba avere in tal caso soltanto il quarto, giacchè l' art. 1098 c. c. = *1052 ll. cc.* non vuole che la parte di figlio ascenda a più di ciò, e di

(1) *Del contratto di matrimonio*, tomo II, n.° 598, e Trattato *delle donazioni tra vivi*, pag. 254.

riputarsi che il donante abbia uniformata la sua volontà alla disposizione della legge.

È questa una controversia d' intenzione, e noi crediamo in fatti di non aver egli voluto donare al più che il quarto. Donando una *parte di figlio* e sapendo che una parte di figlio non poteva eccedere il quarto, volle a ciò limitare la sua liberalità.

825. Ma se il donante o testatore avesse donato o legato al suo novello coniuge la metà, o tutti i suoi beni, o ciò che la legge gli permetteva di donare, o corpi certi o somme di più esteso valore del quarto, la premorienza di tutti i figli impedirebbe la riduzione della donazione, salvo, se vi fosse luogo, la riserva degli ascendenti come è determinata dall' art. 1094. Imperocchè soltanto in favore de' figli e discendenti fu promulgata la disposizione del detto art. 1098, e non avendo i collaterali riserva alcuna, non hanno azione per riduzione; art. 921 c. c. = *838 ll. cc.* In somma la premorienza di tutti i figli farebbe rientrare la donazione nei termini del dritto comune.

826. La donazione di *una parte di figlio* è anch' essa condizionale, mentre partecipa della natura delle disposizioni a causa di morte: perciò divien caduca per la premorienza del donatario (1), giacchè non prima della morte del donante può essere determinata, riferendosi per necessità a questo

(1) V. Pothier, *contratto di matrimonio*, n.° 595.

avvenimento. Esso somiglia per siffatto riguardo ad una istituzione contrattuale, e ne è una vera se sia contenuta nel contratto di matrimonio. Anche in tal caso non si reputa fatta a favore de' figli nascituri dal matrimonio (art. 1093 c. c. = *1048 ll. cc.*), e molto meno anche a favore degli altri eredi del donatario.

827. Pothier (1) opinava nondimeno che la donazione di una *parte di figlio* divenisse caduca per la premorienza del donatario sol quante volte non vi fossero figli del matrimonio in contemplazione del quale era stata fatta, giacchè i figli venivano riputati sostituiti volgarmente e tacitamente al donatario; ma consigliava nondimeno di esprimere questa sostituzione.

Vigente il Codice (art. 1093 c. c. = *1048 ll. cc.*), la premorienza del solo donatario rende caduca una simile donazione, quando anche si contenesse nel contratto di matrimonio; vieppiù, se fosse stata fatta durante il matrimonio (2).

§. III.

De' vantaggi indiretti o celati ovvero fatti per mezzo d' interposte persone.

828. Non bastava d' interdire i vantaggi fatti ol–

(1) *Ibid*, n.o 599. Grenier seguì la sua dottrina, ma essa non può ammettersi vigente il Codice.

(2) È questo puranche il parere di Toullier.

tre i limiti stabiliti dagli art. 1094 e 1098 c. c.= *1052 ll. cc.*, ma faceva d' uopo eziandio di prevenir l' effetto de' mezzi indiretti adoperati per eccedere questi limiti in favore del coniuge; e ciò appunto fece il legislatore cogli art. 1099 e 1100 c. c. = *1053 e 1054 ll. cc.*, così conceputi:

« I coniugi non potranno indirettamente donar-
« si più di quello che loro è permesso dalle pre-
« cedenti disposizioni.

« Sarà nulla qualunque donazione o coverta, o
« fatta ad interposta persona.

« Saranno considerate come fatte ad interposta
« persona le donazioni di uno de' coniugi a' figli,
« o ad uno de' figli dell' altro coniuge nati da un
« altro matrimonio; e quelle pure fatte dal do-
« nante a' parenti, de' quali l' altro coniuge fosse
« erede presuntivo al tempo della donazione, an-
« corchè quest' ultimo non sopravviva al suo pa-
« rente donatario. »

Questa presunzione non ammette pruova in contrario: in conseguenza la donazione che ne fosse colpita sarebbe con ciò pure nulla, secondo l' art. 1352 c. c. = *1306 ll. cc.*

829. Così, ne' tre casi di vendita autorizzata tra coniugi dall' art. 1595 c. c. = *1440 ll. cc.*, se vi sia stato vantaggio indiretto, gli eredi di chi l' ha procurato all' altro coniuge possono reclamare, uniformemente all' ultima disposizione di questo medesimo articolo.

Trattando delle *Collazioni* (1), dicemmo che nel dritto francese (2) un defunto può considerarsi come avendo procurato indirettamente un vantaggio ad un suo erede allorchè abbia rinunziato ad una eredità lucrativa, con la mira di trasmetterglie-la; e che l' erede in generale deve la collazione di questo vantaggio; che avvien lo stesso del caso in cui chiamato congiuntamente con un suo erede presuntivo ad un legato, vi abbia rinunziato per fargliclo acquistare in intero. Discutemmo ed impugnammo a tale riguardo l' opinione di Pothier; ond' è che non torneremo a parlare di questo punto: ora dev' essere lo stesso allorchè un coniuge, chiamato congiuntamente ad una eredità o ad un legato col suo consorte, vi rinunzii colla mira di fargli avere la sua parte in questa eredità o in questo legato, soprattutto quando tale rinunzia sia fatta dal coniuge che abbia figli di un primo letto, positivamente con siffatta mira, perchè la successione offra vantaggi evidenti in ragione delle circostanze (3), o il legato sia fatto senza alcun peso.

Questi son casi di vantaggi indiretti, e che i compilatori del Codice ebbero pure probabilissimamente in mira quando stabilirono come regola generale nell' art. 1099 c. c. = *1053 ll. cc.*, « che i

(1) Tomo VII, cap. vi, sez. 3.

(2) In dritto romano ciò si sarebbe considerato sol come una mancanza di acquistare; l. 6. ff. *quæ in fraudem credit. V. loco citato.*

(3) Altronde il beneficio dell'inventario può allontanare ogni pericolo ed ogni evento svantaggioso allorchè il coniuge che profitta della rinunzia non dovesse alcuna collazione all' eredità.

« coniugi non potranno *indirettamente donarsi*
« *più di quello che loro è permesso dalle pre-*
« *cedenti disposizioni.* »

I vantaggi risultanti dalle convenzioni matrimoniali, e di cui si è parlato nel precedente paragrafo, vanno anche annoverati fra questi casi, e sono pure i più frequenti.

830. Riguardo a questi vantaggi indiretti non ha la legge pronunciata la nullità delle convenzioni o altri atti o fatti che gli avessero procurati ad un coniuge a danno dell' altro; ma si è limitato a dichiarare che i coniugi non potrebbero donarsi indirettamente *più* di quello che loro è permesso dalle precedenti disposizioni. Dunque sino alla concorrente quantità della disponibile, il vantaggio dev' essere mantenuto, poichè soltanto l' eccedente era vietato, e sul riguardo a questo eccedente stabilisce la legge l' incapacità di donare e ricevere indirettamente.

È questa pure l' opinione generale di coloro i quali riguardano come interamente nulle le donazioni coperte sotto la forma di un contratto a titolo oneroso e quelle fatte per mezzo di persona interposta (1).

831. Circa a queste donazioni celate o fatte a persone interposte, la seconda parte dell' art. 1099 c. c. = *1053 ll. cc.* dice in fatti: « *sarà nulla qua-*

(1) Riguardo a queste donazioni *V.* quanto dicemmo nel medesimo volume VII e nello stesso luogo.

lunque donazione o coverta o fatta ad interposta persona.»

Questa dicitura, come si vede, è diversa da quella del primo paragrafo dell'articolo. Qui non si dichiara soltanto che i coniugi non potranno donarsi con donazione coverta o fatta per mezzo di persona interposta *più* di quello ch' è permesso dalle precedenti disposizioni; ma dicesi al contrario in modo assoluto: *Sarà nulla qualunque donazione,o coverta o fatta ad interposta persona.* Quindi vien dichiarata nulla la *donazione*: e non soltanto l'eccesso disponibile: vien essa dichiarata *nulla*, e non soltanto riducibile, per lo che i buoni credono essere interamente nulla ogni donazione coverta o fatta per mezzo di persona interposta.

Nondimeno non sapremmo uniformarci a questa opinione, se con la Corte di cassazione dovesse dirsi di non esser nulle per questo le donazioni celate, ma soltanto riducibili, se vi sia luogo; la quale giurisprudenza sembra talmente stabilita, che in vano ora si contrasterebbe (1). Puossi interpetrare la seconda parte del cennato art. 1099 con la prima, cioè che la donazione coverta o fatta a persona interposta è nulla *oltre* quello che era permesso ai coniugi di donarsi dalle precedenti disposizioni.

L'art. 911 c. c. = *827 ll. cc.* dice puranche che « qualunque dispozione a vantaggio di una perso-

---

(1) *V.* tomo precedente, n.[i] 278, 400 e 401; e tomo VII, n.[o] 325.

« na incapace *sarà nulla*, ancorchè venga celata « sotto la forma di un contratto oneroso, o che ven- « ga fatta sotto nome d'interposte persone; » e nondimeno la Corte di cassazione, dichiarando validi gli atti fatti in forma di vendita ed impugnati come vendite simulate perchè non avvi prezzo, e come donazioni per non essersi osservate le formalità richieste dalla legge, purchè nondimeno le parti fossero capaci di ricevere l'una dall'altra, e non siasi ecceduta la disponibile; la Corte suprema, diciamo, non annulla l'atto per intero, quando anche una delle parti non avesse potuto ricevere dall'altra il valor totale dell'oggetto del contratto: essa si limita ad annullarlo sol per l'eccedente (1). Or la ragione non è forse la stessa nel caso di un vantaggio procurato ad un coniuge dall'altro mediante una donazione celata o fatta per mezzo di persone interposte?

Non è egli questo altronde un vantaggio indiretto come nel primo caso del detto art. 1099? Assolutamente: soltanto il mezzo adoperato è diverso. Perchè ciò che fosse permesso sarebbe mai annullato da ciò che non lo fosse? *utile per inutile non vitiatur.*

Se con la donazione reputata fatta per mezzo di persona interposta, il donante non abbia donato più

(1) *V.* in ispecie gli arresti di cassazione de' 26 luglio 1814 (*Sirey*, 1815, 1, 42); e del 31 luglio 1816 (*Sirey*, 16, 1, 583). Ve ne ha moltissimi profferiti nello stesso senso.

V. nel tomo VII, n.° 525-4.°, e tomo VIII, n.° 278, ciocchè dicemmo su questi punti.

di quel che avrebbe potuto donare apertamente al suo consorte, perchè mai si annullerebbe questo atto? Che si suppone in tale caso? Che la donazione venne fatta al coniuge stesso; lo sia: or essa sarebbe valida; dunque dev' esserlo ugualmente nell' ipotesi. La semplice presunzione o finzione legale non potrebbe ragionevolmente produrre effetti che la realtà non produrrebbe. Quindi non è nulla *ogni* donazione fatta per mezzo di persona interposta; e se quella supposta non lo è, perchè mai lo sarebbe nel suo intero sol pel motivo che oltrepassasse di qualche franco la disponibile del donante verso il suo consorte? Confesseremo che non veggiamo alcuna plausibile ragione per risolverlo in tal modo.

832. L' art. 1100 c. c. = *1054 ll. cc.* non reputa gli ascendenti del coniuge donatario persone interposte di dritto, allorchè il consorte non ne sia erede presuntivo in tempo della donazione: per esempio l'avo, se il padre vivesse ancora in quest' epoca. Ma d'altra parte non è esclusivo della pruova di effettiva interposizione; nettampoco riguardo ad ogni altra persona.

In tal modo la Corte di Metz, e di poi quella di cassazione, giudicarono (1) che gli eredi di un marito il quale aveva fatto una vendita di tutti i suoi beni al fratello della moglie, che, ai termini della consuetudine di Lorena non poteva ricevere

(1) La prima di queste Corti negli 11 agosto 1814; la seconda nel 27 marzo 1816; *Sirey*, 1816, part. 1., p. 433.

cosa alcuna dal suo consorte in piena proprietà, erano ammessibili a provare la simulazione dell' atto e la interposizione del fratello preteso acquirente.

833. I figli comuni non sono riputati persone interposte: la qualità di figlio rispettivamente al donante e al donatario è un titolo bastante per motivare la donazione ; e questa donazione non potrebbe essere impugnata sotto pretesto di vantaggio indiretto procurato al consorte, quando anche il medesimo avesse, come erede del figlio, profittato della donazione. Il consorte non dovrebbe per questo considerarsi come donatario (1).

834. Rispetto ai figli naturali del consorte donatario e riconosciuti, sono essi reputati persone interposte. In verità l'art. 1100 c. c.=*1054 ll. cc.* dice « ai figli, o ad uno de' figli dell' altro coniuge *nati da un altro matrimonio* », ma unicamente per eccettuare i figli comuni, i figli del matrimonio in conteplazione del quale venne fatta la donazione. Laonde l'art 911 c. c. = *827 ll. cc.* reputa indistintamente persone interposte i *figli e discendenti* dell'incapace : e nel tomo precedente dimostrammo (2) che la legge non faceva alcuna differenza in questo articolo, a motivo della qualità della parentela. Or deve avvenire lo stesso nel caso del suddetto art. 1100.

La Corte di cassazione giudicò in questo senso

(1) Lacombe, v. *nozze*, part. I. sez. 2, n.° 8.
(2) N.° 241 e seguenti e n.° 272.

con arresto di cassazione anche in un caso in cui trattavasi di parentela adulterina (1).

835. Infine le parole dell'art. 1100, *ancorché questo ultimo* (il coniuge) *non sia sopravvissuto al donatario*, debbono intendersi in un senso spiegativo e non ristrettivo, cioè che, sia qualunque la causa per cui il coniuge non crediti dalla persona donataria in nome, la donazione si reputerà pur fatta fin da principio in contemplazione di questo coniuge.

---

(1) Arresto del 13 luglio 1813.
Bullettino della Corte di cass., n.o 77. Facciamo menzione di tale arresto nel tom. precedente, n.° 246.

FINE DEL TITOLO DELLE DONAZIONI E DE' TESTAMENTI.

TAVOLA

DELLE MATERIE

LIBRO III.

De' differenti modi con cui si acquista la proprietà.

Continuazione del titolo II, delle donazioni tra vivi e de' testamenti.

CAPITOLO V.

SEZIONE PRIMA.

SEZIONE II.

SEZIONE VIII.

SEZIONE IX.

SEZIONE X.

SEZIONE XI.

SEZIONE XII.

SEZIONE XIII.

SEZIONE XIV.

CAPITOLO VI.

SEZIONE PRIMA.

SEZIONE II.

CAPITOLO VII.

SEZIONE PRIMA.

SEZIONE II.

CAPITOLO VIII.

SEZIONE PRIMA.

SEZIONE II.

SEZIONE III.

SEZIONE IV.

SEZIONE V.

CAPITOLO IX.

SEZIONE PRIMA.

SEZIONE II.

Fine della tavola.